



*Universidad Carlos III de Madrid*  
*Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*  
*Curso académico 2010-2012*

**“LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO  
CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DE LA  
TEORÍA INTEGRAL DE LA INTERPRETACIÓN DE LA  
CONSTITUCIÓN”**

**TESINA QUE EN EL ÁMBITO DEL MÁSTER UNIVERSITARIO EN  
ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS PRESENTA:**

**CARLOS LUIS QUISPE ASTOQUILCA**

**DIRECTORAS: MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS  
PATRICIA CUENCA GÓMEZ**

**GETAFE, MADRID**

**SETIEMBRE 2012**



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b><u>CAPÍTULO I:</u> CONSTITUCIÓN, ESTADO CONSTITUCIONAL, JUEZ CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>17</b>
<b>SECCIÓN PRIMERA: Constitución del Estado constitucional y juez constitucional..</b>	<b>17</b>
1. Las distintas nociones de Constitución.....	19
1.1. La Constitución antigua (o de los antiguos).....	20
1.2. La Constitución medieval.....	22
1.3. La Constitución moderna (o de los modernos) .....	24
1.4. La Constitución contemporánea .....	31
2. El tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional .....	34
2.1. El Estado legal de Derecho.....	35
2.1.1. El Estado de Derecho formal.....	37
2.1.2. El Estado de Derecho material.....	41
2.2. El Estado constitucional.....	44
2.3. Características del Estado constitucional.....	47
a). La idea de la Constitución como norma.....	47
b). La alteración del sistema de fuentes.....	48
c). La “rematerialización” de los contenidos materiales de la Constitución.....	49
d). La alteración de la división de poderes.....	51

3. La garantía jurisdiccional de la Constitución.....	53
3.1. La objeción democrática de la justicia constitucional.....	61
3.2. La compatibilidad del carácter “no representativo” del juez constitucional.....	67
3.3. La caracterización del juez constitucional: ¿un juez aristocrático?.....	69
<b><u>SECCIÓN SEGUNDA: Interpretación jurídica e interpretación de la Constitución...</u></b>	<b>72</b>
1. El término “interpretación”, interpretación jurídica y nociones básicas.....	73
2. Aspectos preliminares de la interpretación de la Constitución.....	75
2.1. Disposición vs. Norma.....	76
2.2. El concepto restringido/amplio de interpretación de la Constitución.....	78
3. El objeto de la interpretación de la Constitución.....	80
3.1. Texto vs. Voluntad.....	81
3.1.1. El intencionalismo ( <i>original intent</i> ).....	82
3.1.2. El textualismo.....	85
a) El textualismo estricto.....	85
b) El textualismo moderado: no originalismo?.....	86
3.2. Texto vs. Dimensión ética sustantiva.....	88
4. ¿Especificidad de la interpretación de la Constitución?.....	92
4.1. La “estructura normativa” de las disposiciones de la Constitución.....	93
a). El carácter general y/o abierto de las disposiciones de la Constitución.....	93
b). La distinción entre principios y reglas.....	95
c). La ausencia del supuesto de hecho en las disposiciones constitucionales.....	100

4.2. La peculiaridad de los sujetos intérpretes de la Constitución.....	101
4.3. La peculiaridad de las técnicas interpretativas.....	103
4.4. Los efectos (o consecuencias) especiales de la interpretación de la Constitución...	106
4.5. La ausencia de referencia normativa superior de la Constitución.....	106
5. La configuración peculiar del objeto “Constitución”.....	107
<b><u>CAPÍTULO II: MODELOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL</u></b> .....	109
<b>SECCIÓN PRIMERA: Teorías de la interpretación de la Constitución</b> .....	111
1. La teoría cognitiva (o cognoscitiva).....	112
1.1. La teoría cognitiva clásica y la interpretación formalista de la Constitución.....	115
1.2. La teoría cognitiva contemporánea y la interpretación constructiva.....	120
2. La teoría escéptica (o no-cognoscitiva).....	136
2.1. La teoría escéptica radical y la libertad del juez para atribuir significados.....	141
2.2. La teoría escéptica moderada y la elección libre de uno de los significados.....	147
3. La teoría intermedia (o ecléctica).....	158
3.1. La creación judicial intersticial u ocasional del Derecho.....	159
3.2. La “textura abierta” y la indeterminación parcial del Derecho.....	163
a). La actuación cognoscitivista del juez en la zona de certeza.....	166
b). La actuación escéptica del juez en la zona de penumbra.....	168
4. La teoría alternativa.....	173
5. Críticas a las teorías de la interpretación de la Constitución.....	179
5.1. Crítica a la teoría cognitiva.....	180

5.2. Crítica a la teoría escéptica.....	187
5.3. Crítica a la teoría intermedia.....	192
5.4. Crítica a la teoría alternativa.....	195
<b><u>SECCIÓN SEGUNDA: Hacia una teoría integral de interpretación de la</u></b>	
<b><u>Constitución</u></b> .....	197
1. La teoría integral de interpretación de la Constitución.....	200
2. El concepto (amplio) de interpretación desde la teoría integral.....	201
3. El elemento cognoscitivo (del contenido) de las disposiciones de la Constitución.....	203
3.1. El marco normativo de las disposiciones constitucionales.....	204
3.2. La determinación del marco normativo de las disposiciones en “sentido negativo”..	205
3.3. El criterio literal y la determinación mínima de la disposición constitucional.....	207
4. El elemento volitivo y los criterios de elección del significado constitucional.....	210
4.1. El contexto funcional como elemento de la interpretación de la Constitución.....	211
4.2. El modelo coherentista de sistema jurídico y la interpretación de la Constitución...	214
5. La discrecionalidad relativa del juez constitucional.....	222
6. La respuesta posiblemente más correcta del juez constitucional.....	225
7. Reflexiones finales.....	228
<b>CONCLUSIONES</b> .....	231
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	243

## **INTRODUCCIÓN**

La interpretación de la Constitución (y del Derecho en general) constituye el principal banco de pruebas para la definición del concepto de Derecho<sup>1</sup>, el análisis de la validez de sus postulados (que incluye a las decisiones interpretativas de los jueces constitucionales)<sup>2</sup>, y para el desempeño profesional de los juristas<sup>3</sup>; de ahí el especial interés de que la presente investigación esté referida a la interpretación de la Constitución por el juez constitucional en el marco del Estado constitucional y en las notas que lo caracterizan. Pero antes de continuar, merece precisar la diferencia que existe entre las expresiones interpretación “de” la Constitución e interpretación “desde” la Constitución en la medida que se trata de dos expresiones que designan a dos aspectos totalmente distintos de la actividad interpretativa de la Constitución. Así, mientras que la primera está referida a la interpretación del texto constitucional, más concretamente a la interpretación de una o más disposiciones de la Constitución, la segunda está referida a la interpretación del resto del ordenamiento jurídico a partir de (o conforme a) la Constitución<sup>4</sup>. De las dos, la expresión interpretación “de” la Constitución goza (de hecho) de mayor relevancia por la sencilla razón de que para realizar la interpretación “desde” la Constitución hay que efectuar primero la interpretación “de” la Constitución; es decir, para realizar una interpretación a partir de la Constitución hay que conocer primero qué es lo que significa un determinado precepto de la Constitución. Aquí me ocuparé sólo de la primera: de la interpretación “de” la Constitución.

Con motivo de las cuestiones que acabo de exponer, la interpretación de la Constitución (y del Derecho en general) hoy constituye uno de los temas centrales o nucleares de la Filosofía del Derecho y de la Teoría del Derecho y también del Derecho Constitucional de los

---

<sup>1</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 12.

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 9na. edición, 2005, p. 255.

<sup>3</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*, trad. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, del original: *Tecnica dell' interpretazione giuridica (2007)*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 11.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 274 y 285.

actuales Estados constitucionales<sup>5</sup> hasta el punto de alcanzar incluso notable éxito en las últimas décadas entre los «filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas o de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho»<sup>6</sup>. Aquí, intentaré realizar el análisis de la interpretación de la Constitución desde la visión del constitucionalista con vocación hacia la Filosofía del Derecho, concretamente hacia la Teoría del Derecho. En ese sentido, analizaré primero las principales implicaciones filosóficas del constitucionalismo de nuestros días y luego mostraré en qué medida tales características dirigen o condicionan el modo de realizar la actividad interpretativa de la Constitución. No pretendo ofrecer un panorama completo de todas las posturas, lo cual me parece algo imposible de conseguir, porque apenas se inicia el desarrollo de algún tema aparecen relacionadas otras posturas metódicas que hace difícil el tratamiento de todas ellas, lo más que pretendo es exponer las principales direcciones de pensamiento que se han desarrollado y destacado en la literatura jurídica sobre la interpretación de la Constitución<sup>7</sup>.

Dentro de las principales implicaciones filosóficas relacionadas con la interpretación de la Constitución, tal vez se puede destacar a dos como las más importantes: la comprensión del carácter normativo de las disposiciones de la Constitución del Estado constitucional y el proceso de la toma de decisiones interpretativas acerca de las mismas, lo que evidencia que el análisis de la interpretación de la Constitución encierra un interés no sólo teórico, sino también práctico. En efecto, según Moreso la actividad interpretativa de la Constitución es una cuestión general de filosofía jurídica que tiene interés teórico por sí misma<sup>8</sup>, pero también tiene interés práctico «puesto que en un gran número de sistemas jurídicos actuales existen tribunales cuya función consiste precisamente en discernir si determinadas disposiciones dictadas por autoridades infraconstitucionales (el poder legislativo

---

<sup>5</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez, Madrid: CEPC-FCJE, 2011, p. 57. Vid. también RUBIO LLORENTE, F., “Problemas de la interpretación constitucional”, en SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J. (ed.), *Revista Jurídica de Castilla La Mancha: El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia: Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, Toledo, Núms. 3 y 4, 1988, p. 40., y LANDA ARROYO, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima: PUCP, 1999, p. 341.

<sup>6</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “La doctrina del Derecho natural”, en BETEGÓN CARRILLO, J., GASCÓN ABELLÁN, M., PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. de., y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 65.

<sup>7</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, cit., p. 45.

<sup>8</sup> MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: CEPC, 1997, p. 185.



principalmente) están de acuerdo o no con la Constitución. Para ello, es obvio, resulta ineludible asignar significado a los textos constitucionales»<sup>9</sup>.

De este modo, en cuanto a la comprensión del carácter normativo de las disposiciones de la Constitución es evidente que la interpretación de la Constitución no supone la sustitución mecánica de la interpretación de la ley por la interpretación de la Constitución, sino que encierra otro tipo de problemas complejos. Junto a la contemplación del carácter normativo de las disposiciones constitucionales y todo lo que ello significa ha de considerarse también el problema de la “estructura” de las disposiciones de la Constitución que se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas, característica que es todavía más acentuada en el caso de las disposiciones constitucionales que se refieren a los contenidos materiales y que se reclaman vinculantes. Así, es una cuestión bastante polémica saber si la cláusula constitucional de la libertad de expresión incluye la libertad de publicar o leer material pornográfico, o la de quemar la bandera. Lo mismo ocurre con las demás cláusulas de la Constitución tales como dignidad de la persona, debido proceso, igualdad, seguridad personal, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, orden público, etc., que son cláusulas abstractas y generales, muchas de ellas cargadas de moral, y que no están definidas, pero que requieren ser interpretadas y luego aplicadas a casos concretos.

En cuanto al proceso de toma de las decisiones interpretativas acerca de la Constitución hoy en día parece ser una corriente dominante la adopción de una Constitución escrita protegida de un eventual cambio ordinario que tiene como su último intérprete al juez constitucional: Tribunal Constitucional (Corte, Sala o Consejo Constitucional) si se trata de sistemas constitucionales concentrados o, Corte Suprema (o una Sala de ésta) si se trata de sistemas constitucionales difusos. A diferencia de lo anterior, la cuestión está referida a la autoridad final que adopta la decisión interpretativa de las disposiciones de la Constitución. Es decir, que la relevancia de las decisiones interpretativas del juez constitucional radica aquí no tanto «en el carácter abierto de las normas jurídicas ni en el carácter intuitivo de muchas decisiones; se funda en el hecho de que la decisión de un Tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final»<sup>10</sup>. En

---

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, del original: *The concept of Law* (1961), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007, p. 175.

efecto, al ser el juez constitucional el último intérprete de la Constitución las decisiones interpretativas por él adoptadas vinculan a todo los poderes estatales, incluido al legislador. Con base en ello, una sola decisión interpretativa del juez de la Constitución puede dar incluso por agotada la discusión teórico-práctica (al menos para la solución de futuros casos judiciales), lo que legislativamente o a través de otras vías no se ha conseguido en varias décadas. Dworkin recuerda que el juez constitucional en virtud de su autoridad final por lo general decide «cuestiones espinosas y profundas de la moral política, que los filósofos, estadistas y ciudadanos han debatido por muchos siglos, sin llegar a una perspectiva de entendimiento. Ello significa que el resto debemos aceptar el pronunciamiento de la mayoría de los jueces»<sup>11</sup>.

Ahora bien, el proceso de adopción de las decisiones interpretativas del juez constitucional se problematiza aún más si se relaciona con uno de los rasgos principales que caracteriza a nuestras sociedades contemporáneas: la presencia del pluralismo jurídico y con él de los desacuerdos sobre cuestiones elementales que inciden en el orden jurídico, pero también en la conducta de las personas, pues la interpretación de la Constitución adquiere no sólo importancia jurídica, sino también política y social<sup>12</sup>. No quiero decir que la interpretación y aplicación de la ley no genera consecuencias políticas y sociales, sino que son aspectos que en mayor medida caracterizan a las disposiciones de la Constitución. Como ya dije, en los Estados constitucionales actuales los jueces constitucionales muchas veces tienen que dar respuesta a conflictos derivados del propio pluralismo sobre los que «juristas honestos, jueces y estudios estarán inevitablemente en desacuerdo (a veces de manera profunda)»<sup>13</sup>. Estas decisiones en ocasiones pueden ser consideradas arbitrarias debido precisamente a los desacuerdos, de ahí que no se dude en recalcar de que «en contextos fuertemente pluralistas existe el peligro concreto de que la interpretación resulte subjetiva y arbitraria»<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> DWORKIN, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, del original: *Life's Dominion*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 159.

<sup>12</sup> ASÍS ROIG, R. de, “La interpretación de la Constitución: Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Marcial Pons, 2004, p. 294.

<sup>13</sup> DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, cit., p. 191.

<sup>14</sup> ZACCARIA, G., “Límites y libertad de la interpretación”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona: Universidad de Navarra, Núm. 47, 2002, pp. 220 y 221.

Naturalmente, la presencia de los desacuerdos también está presente en la actuación de los jueces, así lo reflejan las votaciones divididas expresadas en las decisiones judiciales. Esto ocurre a menudo cuando se trata de cuestiones morales, y ello es así, porque según señala Moreso «en el caso de los desacuerdos morales, por una parte, no disponemos de criterios de adecuación para la delimitación de los marcos, a veces se dice que son las diversas culturas, a veces que se trata del yo de cada uno y sus convicciones, otras veces que son las teorías morales que cada uno acepta»<sup>15</sup>. Los desacuerdos también están presentes cuando se produce un cambio (en ocasiones fuerte) en el sentido de las decisiones interpretativas de los jueces que a menudo tienen lugar (aunque no necesariamente) cuando se produce la incorporación de nuevos magistrados en los altos Tribunales, donde en ocasiones se deja constancia de manera expresa de la existencia de los desacuerdos con la decisión anterior. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos en 1980 en el caso *Ohio vs. Roberts* (448 U.S. 56 1980) entendió que la sexta enmienda de la Constitución que señala: “en todos los procesos penales, el procesado gozará del derecho de confrontar los testigos de cargo” permite considerar admisible un testimonio recepcionado antes del juicio aún cuando el testigo no esté disponible en el juicio siempre que el testimonio tenga “adecuados indicios para reputarlo confiable”. Sin embargo, en el 2004 en el caso *Crawford vs. Washington* (541 U.S. 36 2004), la Corte Suprema modificó esa decisión interpretativa y señaló que: “los Padres fundadores no habrían admitido declaraciones testimoniales de un testigo que no se hubiera presentado en el juicio a menos que no estuviera disponible para prestar testimonio y el acusado hubiese tenido previo al juicio oportunidad de interrogarlo. El texto de la sexta enmienda no sugiere ninguna excepción abierta”. Pero además, señaló la Corte que “el vicio imperdonable del test del caso Roberts no es su carácter de impredecible sino su capacidad demostrada de admitir declaraciones testimoniales que la Cláusula de confrontación claramente pretende excluir”.

La teoría de la interpretación de la Constitución puede tal vez ofrecer algunas herramientas para orientar el proceso de adopción de las decisiones interpretativas del juez constitucional a fin de dar respuesta a los conflictos que le son planteados. Así, existe en la literatura jurídica una clasificación bastante difundida que explica la interpretación de la Constitución

---

<sup>15</sup> MORESO, J.J., *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 25.

a partir de tres teorías o “familias de teorías”: *cognitiva*, *escéptica* e *intermedia*<sup>16</sup>. A esta clasificación tripartita en los últimos años se ha propuesto agregar una cuarta denominada *alternativa*<sup>17</sup>. Estas teorías, como detallaré, unas son incapaces y otras insuficientes para dar cuenta de la actividad interpretativa de la Constitución, por lo que parece aconsejable proponer la construcción de una teoría que denominaré *teoría integral* de la interpretación que ofrezca los elementos adecuados para describir (o realizar) de manera más apropiada (o satisfactoria) la interpretación de las disposiciones de la Constitución, que como ya dije se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas. La teoría integral es una teoría que despliega su operatividad en el marco del Estado constitucional y dentro de éste se refiere básicamente al órgano que realiza la interpretación “última” de la Constitución; es decir, a los jueces constitucionales (Tribunal Constitucional o Corte Suprema); asimismo es una teoría que no se refiere a ningún sistema jurídico constitucional local o particular ni a un sistema que carezca de los rasgos del Estado constitucional.

Obviamente, se trata de una propuesta de interpretación de la Constitución que aspira a ser sólo una aproximación a la solución del problema, por tanto, no puede ser considerada una teoría acabada ni mucho menos una solución milagrosa del problema, y ello es así, porque según se ha dicho «la Constitución admite distintas interpretaciones o, lo que es lo mismo, distintas teorías éticas o filosofías políticas; no es patrimonio exclusivo de ninguna opción doctrinal, ni siquiera de aquella que pretende expresar lo que en cada momento se considera como el pensamiento correcto»<sup>18</sup>. De hecho quedan pendientes algunos temas por analizar, sólo por mencionar algunos de ellos, el análisis exhaustivo de los límites de validez y de la corrección de las decisiones interpretativas. De otro lado, admito que cualquier propuesta de teoría de la interpretación de la Constitución puede tropezar con algunos límites y obstáculos, y estoy seguro, que los mismos aquí son inevitables por el autor.

---

<sup>16</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México DF.: IIJ-UNAM, 1999, p. 13.

<sup>17</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)-Dykinson, 2008, pp. 408 y ss.

<sup>18</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 11.

Al hilo de lo anterior, me he planteado como guía metodológica la siguiente hipótesis: *En el marco del Estado constitucional y en las notas que lo caracterizan básicamente en cuanto que constituye la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, toda disposición de la Constitución es mínimamente determinada, por tanto, presenta un mínimo de significado. La interpretación de la Constitución no es una actividad exclusivamente cognitiva ni puramente volitiva, sino que supone la combinación en todos los casos de procesos cognitivos y volitivos a la vez: el juez constitucional a través de un acto del conocimiento descubre los diversos significados que provee el marco normativo de toda disposición constitucional, y a la vez, a través de un acto de la voluntad, previa conexión con el contexto funcional y la remisión al modelo coherentista del sistema jurídico elige uno de los diversos significados que provee el marco normativo, que constituye el significado o la norma constitucional (o la norma-producto) de la disposición constitucional.*

A fin de cumplir este propósito, he creído conveniente dividir la presente investigación en dos capítulos, y a su vez, dividir cada capítulo en dos secciones, lo que permitirá realizar un estudio más organizado de las diversas líneas de pensamiento desarrolladas sobre el tema. El primer capítulo es fundamentalmente *descriptivo* en la medida en que busca realizar una descripción explicativa y esclarecedora de lo que hoy se entiende por Constitución y sobre todo de los rasgos que caracterizan a la Constitución de nuestros días y el análisis de los diversos aspectos o categorías que engloban al fenómeno interpretativo de la Constitución. No obstante, se realizan juicios de valor en temas específicos, de ahí la afirmación de “fundamentalmente” descriptivo. De otro lado, el segundo capítulo es fundamentalmente *descriptivo* en la parte que busca informar o explicar las diversas teorías de la interpretación de la Constitución y sus particularidades, si bien realiza un juicio crítico sobre las mismas de cara a su utilidad o no para la interpretación de la Constitución; pero es exclusivamente *prescriptivo* en la parte que aborda una reflexión sobre la teoría integral de interpretación de la Constitución en la medida que busca proponer, justificar y recomendar el modo en que (o cómo) se debe realizar la actividad interpretativa de la Constitución.

Así, en la sección primera del Capítulo I el análisis se centra en el concepto del objeto Constitución del Estado constitucional actual (y los rasgos principales que lo identifican) y en el análisis de la presencia del juez constitucional y los principales problemas que afronta

en el modelo de organización política actual. En ese sentido, a partir de una perspectiva histórico-jurídica se analizarán los distintos conceptos de Constitución que evidencie la noción actual de Constitución, lo que supone explicar los principales rasgos que identifican al modelo de organización política actual. La cuestión de la determinación del concepto de Constitución y del modelo de Estado actual es relevante porque dependiendo del modelo de Estado (y con ello del modelo de Constitución) se podrá reconocer el papel que juega la Constitución actual en la interpretación de ella misma y en la interpretación del Derecho en general. Así pues, se ha señalado que buena parte de las discusiones actuales sobre la interpretación de la Constitución «proceden de una configuración no compartida del objeto “Constitución” que, a su vez, deriva de opciones previas metodológicas o ideológica»<sup>19</sup>. En esta parte, se llega a la conclusión de que la Constitución del Estado constitucional se caracteriza por ser una Constitución (predominantemente) escrita y normativa; es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, por tanto, ella contiene los criterios de validez de las restantes normas del sistema jurídico. Para garantizar este propósito, la Constitución instituye la figura de la garantía jurisdiccional, lo que exige analizar sobre el papel del juez constitucional como garante o defensor (último) de la Constitución así como los principales problemas a los que afronta en el modelo de organización política actual, tales como la objeción democrática del juez constitucional, la caracterización del juez constitucional como juez aristocrático, etc.

En la sección segunda del Capítulo I se analiza la relación del objeto Constitución y su interpretación. En ese sentido, se analiza los diversos aspectos que engloba al fenómeno interpretativo en general, y de manera específica, los aspectos que expone la interpretación del Derecho (y con ello, la interpretación de la Constitución). El análisis de estas categorías es relevante porque constituyen las bases fundamentadoras de las diversas posturas teóricas que intentan explicar la interpretación del Derecho en general y la interpretación de la Constitución en particular. En efecto, si la Constitución del Estado constitucional es la norma jurídica suprema del orden jurídico, y si además, contiene los criterios de validez de las restantes disposiciones del orden jurídico, es decir, que limita (o delimita) el contenido de las restantes normas del orden jurídico, entonces es preciso realizar un análisis de las

---

<sup>19</sup> COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid: CEPC, 2010, p. 116.

categorías que busquen la aproximación a la comprensión del contenido normativo de las disposiciones de la Constitución. Con razón, señala Barranco Avilés que hoy por hoy «una teoría de la interpretación no puede construirse sin tener en cuenta la necesidad de dotar de significado a las disposiciones [sobre todo materiales] de la Constitución»<sup>20</sup>. Asimismo, se realiza un análisis del objeto, la oportunidad y la especificidad de la interpretación de la Constitución.

En la sección primera del Capítulo II se realiza un estudio profundo de las diversas teorías de la interpretación de la Constitución: cognitiva, escéptica, intermedia y alternativa. En ese sentido, se destaca que la actividad interpretativa de la Constitución consiste en descubrir el único significado preexistente y objetivo de la disposición constitucional según la teoría cognitiva (clásica) o, el significado “correcto” según la teoría cognitiva (contemporánea); o, en crear el significado de la disposición constitucional por invención como señala la teoría escéptica (radical) o, por elección de alguno de los diversos significados de la disposición constitucional según la teoría escéptica (moderada); o, en descubrir en unos casos y en crear en otros como entiende la teoría intermedia; o, finalmente, en descubrir y crear a la vez en todos los casos como sostiene la teoría alternativa. Pero, la viabilidad o no de las teorías mencionadas para realizar la actividad interpretativa de la Constitución depende en gran medida de la concepción del Derecho que se maneje; ninguna propuesta de teoría de interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho o de la Teoría del Derecho puede pasar por alto esta cuestión, cualquiera que sea el análisis ha de preguntarse con qué concepción general de la naturaleza del Derecho son compatibles la interpretación de la Constitución y con ello la adopción de las decisiones interpretativas por el juez constitucional<sup>21</sup>. Ahora bien, la posibilidad de que existan diferentes maneras de concebir el Derecho permite también de que existan varias teorías de la interpretación de la Constitución, y por tanto, la decantación por una de éstas teorías, pero al mismo tiempo significa por lo general el rechazo de las demás. En ese sentido, en esta parte se realiza un análisis crítico de las teorías antes señaladas y se llega a la conclusión de que unas son

---

<sup>20</sup> BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Marcial Pons, 2004, p. 21.

<sup>21</sup> HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, trad. de J.J. Moreso y P.E. Navarro, del original: *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream* (1977), en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona: Crítica, 1994, p. 329.

incapaces y otras insuficientes para realizar la actividad interpretativa de la Constitución del Estado constitucional, por lo que se opta por la construcción de una teoría integral de interpretación de la Constitución.

En la sección segunda del Capítulo II se desarrolla los principales rasgos que identifican a la teoría integral de interpretación de la Constitución que entiende que la interpretación es una actividad cognitiva y volitiva a la vez, pero eso sí según el contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico. Esta teoría ofrece los elementos adecuados que permita realizar de manera más satisfactoria la interpretación de las disposiciones de la Constitución, que se caracterizan por ser mayoritariamente preceptos expresados en forma de principios. Por tanto, como detallaré, se trata de una teoría que decididamente se aleja de las posiciones extremas de las teorías cognitiva (clásica) y escéptica (radical) que descuidan (o rechazan) el aspecto volitivo, en el primer caso, o el aspecto cognitivo, en el segundo caso. También se aleja de la teoría intermedia que si bien contempla al aspecto cognitivo y volitivo, sin embargo, los concibe de modo separado; es decir, es cognitivo para los supuestos claros, y es volitivo para los supuestos difíciles respecto de una misma disposición constitucional. La teoría integral, en cambio, coincide con las teorías cognitiva (contemporánea), escéptica (moderada) y alternativa, pero eso así, según detallaré con los respectivos matices, puesto que sirven de base, pero no son suficientes para realizar la actividad interpretativa de la Constitución del Estado constitucional.

Para concluir la introducción, quiero expresar mi especial y profundo agradecimiento a las profesoras María del Carmen Barranco Avilés y Patricia Cuenca Gómez, directoras de esta tesina quienes con sus acertados y oportunos comentarios, así como con sus valiosas sugerencias y aportaciones han contribuido decididamente a la mejora del contenido y la rigurosidad de este trabajo de investigación. Asimismo, deseo expresar mi especial agradecimiento a mi esposa Elizabeth Ojeda Pillaca que ha tenido que convivir conmigo y con este trabajo, por su comprensión, y por su apoyo diario, y por sus palabras de aliento en todo el proceso de elaboración de esta tesina.



# **CAPÍTULO I**

## **CONSTITUCIÓN, ESTADO CONSTITUCIONAL, JUEZ CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

El análisis de la presente investigación referida a la interpretación de la Constitución por el juez constitucional se desarrollará en el marco del Estado constitucional y en las notas que lo caracterizan. Ahora bien, para realizar el análisis de la interpretación de la Constitución en el marco del Estado constitucional es preciso conocer primero el objeto Constitución, es decir, se requiere conocer primero qué se entiende hoy por Constitución (y cuáles son los rasgos principales que lo identifican) y luego cuál es la relación entre la Constitución y su interpretación. Así, se ha dicho que en la fórmula del Estado constitucional «en la medida en que la ley queda definitivamente subordinada a la Constitución, a toda la Constitución, y que es preciso desentrañar primero el contenido normativo de los enunciados del texto constitucional para poder discernir si aquella subordinación y la del resto de las normas se cumple», se requiere conocer primero el objeto llamado Constitución (y los rasgos que lo caracterizan) y luego sobre la base de todos estos elementos analizar el problema (o los problemas) de la interpretación de la Constitución<sup>22</sup>. La determinación del concepto de Constitución resulta entonces relevante a la hora de emprender todo análisis referido a la interpretación de la Constitución o a una teoría de la interpretación de la Constitución.

### **SECCIÓN PRIMERA: Constitución del Estado constitucional y juez constitucional**

En esta sección primera, me ocuparé de analizar qué es lo que hoy se entiende por el objeto Constitución y cuáles son los principales rasgos que lo caracterizan. En ese sentido, el desarrollo de esta sección presentará el siguiente itinerario: Primero, trataré de reconstruir a partir de las consideraciones histórico-jurídicas más importantes la noción actual de Constitución. Ello es así, porque parece fuera de toda duda de que sólo a través de una esquematización histórico-jurídica de la idea de Constitución –que comprenda desde el surgimiento de la “idea” de Constitución en la Edad Antigua hasta las constituciones de la

---

<sup>22</sup> BASTIDA FREIJEDO, F.J., “Prólogo” a BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 10.

posguerra— es que se puede ubicar la noción actual de Constitución en una perspectiva que evidencie su evolución histórico-jurídica a lo largo del tiempo hasta nuestros días. En ese sentido, en esta parte intentaré explicar básicamente que la noción actual de Constitución es un modelo de Constitución (predominantemente) escrita y normativa. Luego, realizaré un estudio también un tanto esquemático de la noción de Estado de Derecho y de la noción de Estado constitucional producidos en la Europa continental (y los sistemas jurídicos influenciados por ella) con el propósito de verificar si tales conceptos coinciden, o si por el contrario, pertenecen más bien a áreas de significados contrapuestos, y que por tanto, se mueven dentro de espacios conceptuales divergentes uno respecto del otro. La identificación de esta perspectiva también es relevante, porque —como dije— dependiendo del modelo de Estado (y por tanto del modelo de Constitución) es que se podrá reconocer el papel que juega la Constitución actual en la interpretación de ella misma y la interpretación del Derecho en general. En este contexto, intentaré explicar que se trata de modelos de Estados distintos y de que los actuales Estados son en su mayoría Estados constitucionales, por tanto, la investigación se centrará en establecer los elementos o los rasgos característicos que lo definen como Estado constitucional (básicamente: el carácter normativo de la Constitución y su garantía jurisdiccional) y analizar cómo éstos influyen en el modo de entender la Constitución y el Derecho en general de los Estados.

El carácter normativo de la Constitución y el establecimiento de su garantía judicial exigen analizar también sobre el garante o defensor (último) de la Constitución (que es a la vez el intérprete último de la Constitución). Para ello será preciso explicar a partir de las sucesivas manifestaciones y contextos históricos cómo se llega a instaurar la defensa jurisdiccional de la Constitución y aprovechando un conocido diálogo de posturas destacar las razones de la conveniencia de la defensa jurisdiccional frente a la defensa política de la Constitución. En ese sentido, intentaré explicar que el garante (o intérprete) último de la Constitución del Estado constitucional de Derecho predominantemente es el juez constitucional (Tribunal Constitucional, Sala o Corte Constitucional, Corte Suprema, etc.) que tiene la función de decidir en definitiva —o, de decir la “última palabra”— sobre la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas en un determinado orden jurídico. Esta idea de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico y de que su defensa corresponde en definitiva a los jueces que aparece desde muy temprano en el sistema constitucional

norteamericano, en la Europa continental (y los sistemas jurídicos influenciados) recién se concretizará sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial luego de abandonar las tesis del Estado legal de Derecho.

Una toma de postura como esta inevitablemente genera dilemas, una de ellas es la objeción democrática al control de constitucionalidad a cargo de los jueces constitucionales, lo que da lugar a la tensión entre la garantía constitucional y la democracia. En este contexto, intentaré, de *un lado*, analizar la objeción democrática al control de constitucionalidad dando cuenta de que este argumento (sólo) tiene lugar en los sistemas constitucionales en los que el control de constitucionalidad de la ley está a cargo de jueces no elegidos por sufragio universal y que la mayor parte del argumento sólo se refiere a los casos en los que los jueces constitucionales declaran la invalidez de una ley, de *otro lado*, justificar la legitimidad democrática del juez constitucional y la compatibilidad de su participación en la forma de organización política del Estado constitucional. Para ello, será preciso modular el concepto clásico de la democracia (entendida como la regla de la mayoría) y concebir que ésta implica que el Derecho en su totalidad no sólo es producido por el pueblo o por sus representantes, bajo la regla de la mayoría, sino que también es producido por otros órganos constitucionales de carácter “no representativo” como el Tribunal Constitucional (modelo concentrado) o la Corte Suprema (modelo difuso).

Sólo de esta manera, se puede sostener que en el marco del Estado constitucional la garantía jurisdiccional (la presencia de un órgano de control de la constitucionalidad compuestos por miembros no elegidos por sufragios popular) es compatible con la democracia. Por último, un aspecto no menos importante será analizar el tema referido a la caracterización del juez constitucional. Aquí, me centraré a analizar, de un lado, su carácter “aristocrático” del juez en el ejercicio del gobierno, y de otro lado, su carácter “autocrático” en el modo de creación del Derecho, resaltando que la fórmula del Estado constitucional supone la incorporación de ambos elementos.

## **1. Las distintas nociones de Constitución**

La expresión Constitución (y lo que hoy se entiende por ella) es sin duda el resultado de un largo proceso “evolutivo” que abarca desde la Edad Antigua hasta la actualidad, si bien en

cada una de las etapas presenta una connotación diferente. Un breve análisis de las distintas nociones de Constitución permitirá comprender mejor la noción de Constitución del Estado constitucional. Así, es bastante común el uso de las expresiones como Constitución antigua, medieval, moderna y contemporánea<sup>23</sup> o las de constitucionalismo antiguo, medieval, moderno y contemporáneo<sup>24</sup> para describir y/o explicar la Constitución en la experiencia político-jurídica en cada una de las etapas. Con base en ello, el propósito de este análisis es explicar desde una perspectiva fundamentalmente analítica (y no puramente histórica) las distintas reflexiones sobre la Constitución en la experiencia político-jurídica y sus aspectos particulares en cada una de estas etapas, de manera que se permita saber o conocer cómo a partir del plano institucional de la idea de Constitución se llega al plano normativo de la idea de Constitución, es decir, a una idea de la Constitución como “norma” o conjunto de “normas”<sup>25</sup> que preside la vida de toda sociedad organizada y que caracteriza al actual Estado constitucional.

### 1.1. La Constitución antigua (o de los antiguos)

La noción antigua de Constitución puede ser explicada básicamente a partir de los textos de Platón y de Aristóteles. Así, para este último «la Constitución es [una] cierta ordenación de los habitantes de la ciudad»<sup>26</sup> y de «las magistraturas»<sup>27</sup>. Esta puntual reflexión sobre la noción de Constitución obedece principalmente a la profunda crisis política y divisiones sociales entre ricos y pobres que se produce en el pueblo griego de la época<sup>28</sup>. En ese contexto, a fin de salvar la unidad de la *polis* Aristóteles usa metafóricamente la expresión *politeía* que alude a la necesidad de la unidad política de la *polis*<sup>29</sup>. Dicho de otro modo, a través de la expresión *politeía* lo que se busca es «una forma de gobierno adecuada al

---

<sup>23</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, del original: *Costituzione* (1999), Madrid: Trotta, 1ra. reimpresión a la 1ra. edición 2001, 2007.

<sup>24</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. de F.J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, del original: *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno* (1988), Madrid: Trotta, 1998.

<sup>25</sup> La expresión “norma” en el contexto de la proposición genérica “la Constitución como norma jurídica” se refiere al carácter normativo, vinculante u obligatorio de la Constitución, si bien en contextos particulares se refiere únicamente al significado del texto o disposición jurídica. Sobre esto último detallaré en la sección segunda de este Capítulo I.

<sup>26</sup> ARISTÓTELES., *Política*, edición bilingüe y trad. de J. Marías y M. Araujo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, reimpresión a la 1ra. edición 1951, 1970, Libro III 1-1274b, p. 67.

<sup>27</sup> Ídem, Libro III 6-1279a, p. 78.

<sup>28</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 16.

<sup>29</sup> ARISTÓTELES., *Política*, cit., Libro III 3-1276b, p. 72.

presente, tal que refuerce la unidad de la *polis*, amenazada y en crisis desde distintos frentes. En el ámbito de ese pensamiento, esta búsqueda tiene ahora una palabra que la anima, que le permite expresarse, que es precisamente *politeía*<sup>30</sup> y que en su concepción moderna será traducida<sup>31</sup> y justificada como *Constitución*<sup>32</sup>. Debido a la pretensión de unidad o de conciliación de esta expresión se le denomina también Constitución mixta o Constitución media<sup>33</sup>.

La idea del constitucionalismo antiguo también estará presente en la Roma de la época. En efecto, según Polibio toda forma de gobierno simple y basada en un sólo centro de poder deviene en inviable pues éste muy pronto se degenera<sup>34</sup>. La diferencia entre este modo de concebir a la Constitución y la Constitución mixta (de Aristóteles) reside en que aquella ya no recae «sobre las articulaciones de la sociedad, sobre los pobres y sobre los ricos, sino sobre los “centros” de poder, sobre el ordenamiento de los poderes y de las magistraturas»<sup>35</sup>. Otro autor que realizó reflexiones sobre la Constitución fue Cicerón, este autor expresaba que «la Constitución de nuestra sociedad aventajaba a las de las otras ciudades, porque en ellas habían sido hombres aislados y cada uno de ellos había constituido la República con sus propias leyes e instituciones»<sup>36</sup>. Con todo lo anterior, se puede afirmar que la noción antigua de Constitución no presupone ni sugiere un concepto de Estado, de soberanía ni de norma como ocurre en la actualidad, simplemente se refiere a la búsqueda de «una forma de gobierno ideal, o de la mejor forma de gobierno posible, para mantener unida y desarrollar la comunidad política»<sup>37</sup>, y ello es así, por la sencilla razón de que los antiguos «no tenían ninguna “soberanía” que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la Constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno [y también contemporáneo] sería llamada

---

<sup>30</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 19.

<sup>31</sup> DOGLIANI, M., *Introduzione al Diritto costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1994, pp. 33-72.

<sup>32</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 19. Para Ruiz Miguel en cambio la expresión *politeía* se trataría más bien de un uso deliberadamente “ambiguo”, pues, con esta se refiere tanto a la idea de Constitución en general como a una de sus seis formas, RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del Derecho en modelos históricos: De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2da. edición revisada, 2009, p. 42.

<sup>33</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., pp. 22y 23.

<sup>34</sup> POLIBIO, *Historias. Libros V-XV*, trad. de M. Balasch Recort, Madrid: Gredos, 1ra. reimpresión a la 1ra. edición 1981, 1996, Libro VI 10, 2., p. 161.

<sup>35</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 26. Este autor agrega que si la cuestión de la ordenación de las magistraturas también estaba presente en el pensamiento político del siglo VI a.c. se produjo sólo «en el contexto de una visión de conjunto construida sobre la cuestión de los equilibrios sociales», *Ibidem*.

<sup>36</sup> CICERÓN, M.T., *Sobre la República. Sobre las leyes*, trad. de J. Guillén, del original: *De Republica. De Legibus*, Madrid: Tecnos, 3ra. edición, 2000, Libro II 1, 2., p. 49.

<sup>37</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., pp. 16 y 17.

a separar los poderes y garantizar los derechos»<sup>38</sup>. En concreto, el término Constitución en el constitucionalismo antiguo se refiere única y exclusivamente a aspectos institucionales y sociales de una determinada comunidad política<sup>39</sup>, el aspecto normativo, es decir, la idea de la Constitución como norma jurídica que preside todo el ordenamiento jurídico se encuentra totalmente *ausente* en esta etapa.

## 1.2. La Constitución medieval

Las reflexiones sobre la Constitución se evidencian también en la Edad Media si bien tiene características propias, y por tanto, distintas a las características de la Constitución de los antiguos y también distintas a las peculiaridades –como se detallará– de la Constitución de los modernos. Así por ejemplo, una de las características de la Constitución medieval es la intrínseca limitación de los poderes, pero «[n]o se trata de una limitación establecida por normas positivas generales y escritas, que ninguno tenía el poder de elaborar, ni siquiera la voluntad de hacerlo, sino de una limitación de hecho, que toma cuerpo de manera cada vez más consistente a partir del siglo V»<sup>40</sup>. De ese modo, mientras que en el constitucionalismo antiguo el discurso sobre la idea de Constitución está dirigido a la construcción de la unidad política o de la comunidad, en el constitucionalismo medieval el discurso sobre la idea de Constitución más bien está dirigido a la defensa del orden jurídico existente<sup>41</sup>. Ahora bien, que existan límites al poder del Rey o príncipe no significa que este no sea *legibus solutus*, todo lo contrario, precisamente porque la autoridad del Rey se basa en la autoridad de la ley, éste tiene el deber de promover la justicia y la equidad, lo que presupone la existencia de una

---

<sup>38</sup> Ídem, pp. 29 y 30.

<sup>39</sup> PISARELLO, G., *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid: Trotta, 2011, p. 21.

<sup>40</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., pp. 35 y 36. En sentido similar Marcilla Córdova señala que el Derecho medieval se trata de «un Derecho cuyo modo de exteriorización es *factual* y, por tanto, *no escrito*, en el sentido de que las normas forman parte inseparable de la realidad o de la vida social; no tienen existencia autónoma, ni son por tanto reconducibles a un concreto acto de voluntad ni identificables al margen de sus concretas manifestaciones en la resolución de problemas», MARCILLA CÓRDOVA, G., *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: CEPC, 2005, p. 39. De manera más clara aún García-Pelayo sostiene que en la Edad Media se desconoce la idea de *legislación*, pues la costumbre no es un Derecho «estatuido ni dictado por el poder político –que carecía de medios institucionales y técnicos para llevar a cabo esta tarea–, no era inventado ni creado, o, al menos, no era concebido como tal, sino que por estar ya dado lo único que procedía era descubrirlo y aplicarlo», GARCÍA-PELAYO, M., *Obras completas*, Madrid: CEPC, Vol. II, 2da. edición revisada y aumentada, 2009, p. 1086.

<sup>41</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 38.

Constitución<sup>42</sup>. En efecto, «se considera que el príncipe está libre de las ataduras de la ley, no porque le sea lícito practicar la inequidad, sino porque debe ser tal que promueva la equidad, procure el bienestar de la comunidad política y anteponga en todo el provecho de los demás a su propia voluntad, por amor de la justicia y no por temor del castigo»<sup>43</sup>. De ahí que si se quiere establecer la principal diferencia entre el tirano y el Rey es que el Rey «obedece a la ley, y conforme a ella, rige al pueblo del que se estima servidor»<sup>44</sup>. En efecto, un príncipe tirano es alguien no equitativo, que no respeta la ley, que no quiere mantener unida a la comunidad, pues ya no es imagen de ella, sino que por el contrario, se convierte en imagen de una sola parte o sólo de algunas partes, estableciendo privilegios y penas injustas<sup>45</sup>. De lo anterior, se puede afirmar que las razones en las que se sustenta la idea de Constitución en el constitucionalismo antiguo y medieval son sustancialmente distintas. Así, mientras que en el tiempo antiguo «el primer enemigo de la Constitución es el espíritu de *facción*, es decir, todo aquello que divide a la comunidad política, que debilita el sentido político de común pertenencia sobre el cual se funda la *polis* y la *res publica*, en el tiempo medieval el principal enemigo de la Constitución es el *arbitrio*, es decir, toda posible y desmedida pretensión de dominio sobre la complejidad de la realidad jurídicamente ordenada»<sup>46</sup>. En suma hay una idea de Constitución que busca sobre todo el respeto de la ordenación jurídica existente; sin esta noción de Constitución no sería posible explicar por ejemplo la aprobación de la limitación de algunas prerrogativas del Rey a través de la Carta Magna de 1215 y de otros documentos posteriores.

Con base en estos planteamientos se puede afirmar que la idea de Constitución manejada en el constitucionalismo de la Edad Media «deja de pertenecer de manera exclusiva al campo político y moral, del perfeccionamiento del hombre a través de la experiencia de la ciudadanía política común, y comienza a entrar en el mundo del Derecho, a convertirse en discurso jurídico, que nace de la práctica social. Por eso, hablar de la Constitución medieval

---

<sup>42</sup> Ídem, pp. 39 y 40.

<sup>43</sup> SALISBURY, J. de., *Policraticus*, trad. de M. Alcalá y otros, Madrid: Nacional, 1984, Libro IV, 2., p. 308.

<sup>44</sup> Ídem, Libro IV, 1., p. 306.

<sup>45</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 40. Este aclara que tal época «gobernar no significa en efecto elegir y dirigir, sino juzgar según el Derecho existente, según un Derecho sustancialmente preexistente a la voluntad del príncipe, que él era llamado a mantener, a reproducir», Ídem, p. 41.

<sup>46</sup> Ídem, p. 38.

significa hablar de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio»<sup>47</sup>. Pero con todo, que exista una idea de Constitución (en sentido medieval) no se puede –como es obvio– hablar todavía de una Constitución normativa que es propia de la época moderna, a lo más se puede hablar de una noción de Constitución con “pretensión” de normatividad. Y ello es así, por que a diferencia de la Constitución antigua que presta atención sólo a los elementos institucionales y sociales, la Constitución medieval presta “mayor” atención al elemento normativo lo que lo ubica camino a la normatividad, pero que no llega a completar esa pretensión. En efecto, según se ha señalado en esta etapa se genera una cierta preocupación por regular las relaciones entre el soberano y los súbditos, aunque sin mayor éxito, pues «la investigación sobre la naturaleza del Estado y sobre la naturaleza y el fin de las relaciones entre gobernantes y gobernados, [prevalecerán] sobre el detallado análisis jurídico de las mismas relaciones»<sup>48</sup>.

### 1.3. La Constitución moderna (o de los modernos)

Es bastante sabido que el constitucionalismo moderno se asocia a la formación del Estado, esto es, al surgimiento de una unidad política, pública, militar y separada de la sociedad<sup>49</sup> que desarrolla sus funciones «en un territorio bien definido y de manera uniforme sobre todos los súbditos, con los nuevos principios de territorialidad de la obligación política y de impersonalidad del mandato»<sup>50</sup>. En ese sentido, es en los principios de la Edad Moderna en que aparece, en parte, la noción actual de Constitución, esto es, entendida como aquélla que se proyecta sobre un Estado<sup>51</sup>. Digo que tal concepción aparece sólo en parte porque el proceso de transformación continúa, pues el afán por entender la naturaleza del Estado se

---

<sup>47</sup> Ibídem.

<sup>48</sup> MOSCA, G., *Derecho constitucional*, trad. de A. Almudena Bergareche Gros, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 48.

<sup>49</sup> PISARELLO, G., *Un largo termidor*, cit., p. 21.

<sup>50</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 33.

<sup>51</sup> En sentido similar señala Delgado Pinto que «la Constitución, como fenómeno jurídico-político, como regla jurídica fundamental de organización del orden jurídico, aparece con la formación del Estado moderno. Incluso para que pudiera consolidarse algún límite efectivo y regular del poder gobernante era necesaria la unificación», DELGADO PINTO, J., *La Constitución en su proyección histórica. La Constitución como Derecho fundamental de organización del Estado* (Separata del Archivo de Derecho Público), Granada: Universidad de Granada, 1957, p. 3. Agrega este autor que el proceso de formación de las unidades políticas es el resultado de la progresiva afirmación de independencia y de supremacía del poder de los monarcas medievales, y, «aunque en los países de occidente de Europa (concretamente Inglaterra, Francia y España) culmine en una época relativamente común, segunda mitad de S. XV, es erróneo fijar una fecha o referirse a un “fundador” de los respectivos Estados», Ídem, pp. 3 y 4.



mantiene durante los primeros siglos de la época. A todo esto hay que agregar la afirmación del Estado absoluto que se produce durante el siglo XVI, pues no es posible «entender el constitucionalismo moderno sin tener presente la formación del Estado absoluto en Europa como [una] nueva forma históricamente determinada de organización del poder porque el “Estado”, planteando nuevos problemas y condicionando las respuestas, es el enemigo histórico contra quien está llamado a batirse»<sup>52</sup>.

Al margen de estos factores, sin embargo, hay algunos aspectos del constitucionalismo medieval que todavía se conservan como es «la supremacía de la ley o del gobierno limitado: se trata de precisar la naturaleza de esta ley o el carácter de estos límites»<sup>53</sup>. Bajo este contexto, las decisiones del juez Coke de inicios del siglo XVII pueden ser consideradas expresiones del proceso de consolidación hacia un concepto moderno de Constitución, pues a través de ellas las dimensiones de la Constitución antigua y sobre todo de la Constitución medieval emergen «en un plano más directamente jurídico-normativo, en calidad de *common law*, capaz de circunscribir, mediante la obra de los jueces, la fuerza de la misma ley del Parlamento»<sup>54</sup>. Con todo, conviene precisar que en esta época, es decir, «a principios del siglo XVII no existe todavía la creencia de un concepto moderno y normativo de Constitución como norma suprema que permita a los jueces invalidar las leyes contrarias a la misma», lo que, existe es algo muy parecido a ello, esto es, sólo «la creencia en que la intención del legislador nunca puede ser contraria al *Fundamental Law* y que por tanto, cuando el significado ordinario o tenor literal de la ley es contrario al *Fundamental Law*, el papel de los jueces es inaplicar o invalidar ese tenor literal»<sup>55</sup>, pero que en estricto todavía no aparece de manera completa la noción moderna de Constitución. En efecto, se ha señalado que a través de tales decisiones no se defiende en puridad «una norma abstracta, por algún misterioso motivo “superior” a la ley del Parlamento, como si se estuviese aquí anticipando la moderna jerarquía de las fuentes de Derecho y el moderno control de constitucionalidad, sino una norma que corresponde –en concreto– a la historia del reino y de sus múltiples articulaciones, que el Parlamento, en su función tradicional de alta corte de

---

<sup>52</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 29.

<sup>53</sup> Ídem, p. 37.

<sup>54</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 67.

<sup>55</sup> DORADO PORRAS, J., *La lucha por la Constitución: Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid: CEPC, 2001, p. 78. Las dos citas.

justicia, debe mantener en equilibrio emanando leyes justas que reconozcan el derecho de cada uno, que no privilegien o penalicen de manera arbitraria»<sup>56</sup>.

Bien ¿a partir de qué momento se puede hablar de una noción moderna de Constitución?. Conviene recordar que lo que caracteriza al constitucionalismo moderno es la aspiración de «una Constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la tradición medieval, que se expresaba en “leyes fundamentales” consuetudinarias»<sup>57</sup>. En este contexto tienen un papel muy importante los *levellers* quienes invocando el poder originario del pueblo de Inglaterra apostaban por «una Constitución escrita y “rígida”, en la cual estuvieran claramente precisados los poderes del gobierno, Parlamento incluido. Y en este nuevo pacto hacían intervenir directamente, como protagonista, al pueblo»<sup>58</sup>. Sin embargo, la Constitución escrita o *Instrument of government* de 1653 será aprobada no por el pueblo o el Parlamento, sino por la dictadura de Cromwell. Con relación a este documento, se ha señalado que la idea de ser una Constitución escrita fue precisamente «una de las principales razones de su elaboración y de su fama posterior, junto con la de convertirse en norma suprema que sirviese para regular los poderes de la *Commonwealth*»<sup>59</sup>. Se trata pues de la primera y única Constitución escrita en la historia de Inglaterra. Estuvo en vigencia poco más de 3 años, de 1653 a 1657 en que fue dejada de lado y pasada al olvido debido a la secuencia rápida de los acontecimientos producidos luego de la muerte de Cromwell como la restauración del Parlamento y de la Monarquía<sup>60</sup>. Esta Constitución –se ha sostenido– sería un claro antecedente de las ideas y mecanismos recogidos por el constitucionalismo norteamericano a través del *Frame of government* de 1682 de Pensilvania<sup>61</sup>. En efecto, con relación a este último documento se ha señalado que se trata de «una de las constituciones más singulares que podemos encontrar en la América

---

<sup>56</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., pp. 67 y 68.

<sup>57</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 25.

<sup>58</sup> Ídem, p. 98.

<sup>59</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, R., “Una Constitución republicana inglesa: El Instrumento of Government de la Commonwealth (1653-1657)”, *Derechos y Libertades. Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, Núm. 26, Época II, 2012, p. 290.

<sup>60</sup> HEATH III, G.D., “Making the Instrument of Government”, *The Journal of British Studies*, Vol. 6, Núm. 2, p. 15.

<sup>61</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, R., “Una Constitución republicana inglesa, cit., p. 276.

colonial, en la medida en que refleja directamente las nuevas orientaciones culturales europeas, y menos la vieja tradición jurídica inglesa»<sup>62</sup>,

También conviene recordar que en esta etapa son bastante difundidas las tesis de Bodin que en *Los seis libros de la República* vincula la Constitución a las doctrinas de la soberanía<sup>63</sup>; Hobbes que en el *Leviatán* señala que existe una Ley Fundamental que exige preservar los poderes soberanos, si se anula esta ley el Estado se derrumba y se disuelve por completo<sup>64</sup>; Montesquieu que en *El espíritu de las leyes* sostiene que un régimen político moderado es aquél que tiene una Constitución capaz de mantener diferenciados y en una posición de equilibrio los poderes<sup>65</sup>; Rousseau que en el *Contrato social* atribuye el poder soberano al pueblo<sup>66</sup>, entre otros. Estas tesis fueron recogidas en mayor o menor medida en importantes documentos como la *Bill of Rights* de 1689 y otros, dando lugar a la Constitución inglesa que se caracteriza por ser una Constitución *no-escrita* ni unitaria, pero no por ello *no-normativa*. Es en este contexto en que empieza a gestarse la noción moderna (completa) de Constitución básicamente a partir de la Gloriosa Revolución inglesa de 1688<sup>67</sup> que formula la doctrina de que «el poder político del Rey está limitado por los derechos de los súbditos y por las competencias que el parlamento libremente elegido y reunido tiene para la aprobación de las leyes»<sup>68</sup>. Así, se ha señalado que «[e]n el Reino Unido el principio básico de la Constitución es la doctrina de la soberanía parlamentaria. Desde la Declaración de Derechos de 1689 los tribunales han reconocido a las leyes del Parlamento como la fuente suprema del Derecho. En cierto sentido, se podría decir que las leyes aprobadas por el Parlamento que no han sido derogadas son parte de la Constitución. Esto es así porque cada

---

<sup>62</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 202.

<sup>63</sup> BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. de P. Bravo Gala, del original: *Les six Livres de la République* (1576), Madrid: Tecnos, 1985, p. 47.

<sup>64</sup> HOBBS, TH., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. de C. Mellizo, del original: *Leviathan. Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (1651), Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 232.

<sup>65</sup> MONTESQUIEU., *Del Espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, del original: *De l' Esprit des Lois* (1735), Madrid: Tecnos, 6ta. edición, 2007.

<sup>66</sup> ROUSSEAU, J.J., *El contrato social o principios de Derecho político*, trad. de M.J. Villaverde, del original: *Du contrat social* (1762), Madrid: Tecnos, 5ta. edición, 2007.

<sup>67</sup> En sentido similar, Mosca señala que el proceso de transformación continúa debido al carácter práctico del Derecho inglés que se encuentra alejado de las construcciones teóricas. En su opinión, «[e]n aquella época, en general, los juriscultos ingleses se contentaron con interpretar literalmente los textos constitucionales y con conocer y aplicar exactamente los procedimientos y las costumbres que aquellos textos clarificaban y contemplaban», MOSCA, G., *Derecho constitucional*, cit., p. 49.

<sup>68</sup> RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM-Fontamara, N° 21, octubre 2006, p. 51.

una ha sido aprobada para establecer o mejorar áreas específicas del Derecho y hay una coincidencia entre el Derecho ordinario y la Constitución»<sup>69</sup>.

En efecto, la Constitución inglesa incluía «tanto la existencia de ciertos derechos inalienables, tales como el derecho a un jurado o a peticionar a las autoridades, como cuestiones procesales y de ejercicio de los poderes ejecutivos o legislativos, tales como el requerimiento de que el Parlamento diera su consentimiento a la legislación. Las disputas constitucionales podrían surgir en relación con el significado preciso o la aplicación de estos principios en contextos particulares, pero había un acuerdo general sobre su existencia e incluso sobre la aplicación en un espectro razonablemente amplio de circunstancias»<sup>70</sup>. Con base en ello, no se duda en señalar que «a lo largo del siglo XVIII se difunde la idea de que la Constitución inglesa representa la Constitución por excelencia, en cuanto que era capaz más que cualquier otra Constitución de impedir toda absolutización del poder, de distinguir y contrapesar los poderes, según aquella fórmula, tantas veces repetida, de los *checks and balances*, de los pesos y contrapesos»<sup>71</sup>. Así, bien recuerda Kramer que «[l]as luchas sin cuartel entre la Corona y el Parlamento eran batallas *constitucionales*; es más, eran luchas sobre lo que la Constitución requería u ordenaba, no sobre qué institución podía “crearla”. En otras palabras, todos los involucrados tomaban como un hecho dado la existencia de un derecho constitucional o fundamental vigente vinculante para todo el gobierno, y no se creía en absoluto que su creación o interpretación fuese prerrogativa exclusiva legislativa»<sup>72</sup>.

Con todo, la situación del último cuarto del siglo XVIII será un momento decisivo para el constitucionalismo moderno. La aspiración de una Constitución escrita no llegará a concretarse en Inglaterra hasta nuestros días. Sin embargo, el hecho que no exista una Constitución escrita no suponía (ni supone) que la Constitución de Inglaterra no tenga (o carezca de) carácter normativo sino más bien ésta será entendida como un verdadero «conjunto de leyes, instituciones y costumbres» de carácter normativo y que constreñía la autoridad política, abarcando desde las propias Cámaras o la Corona hasta la costumbre de

---

<sup>69</sup> LEYLAND, P., *The Constitution of the United Kingdom. A contextual analysis*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2da. edición, 2012, p. 26.

<sup>70</sup> KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, trad. de P. Bergallo, del original: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2005), Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 27.

<sup>71</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 96.

<sup>72</sup> KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, cit., p. 32.

renovar los Comunes periódicamente o el *habeas corpus*»<sup>73</sup>. En los tiempos actuales, según Leyland la Constitución inglesa estaría conformada por el Derecho estatutario, el Common Law, el Derecho de la Unión Europea, la Convención Europea de Derechos Humanos, los Tratados, el Derecho y las costumbres del Parlamento, las prerrogativas reales, etc.<sup>74</sup>.

Sin embargo, con la aprobación básicamente de la Ley de Derechos Humanos de 1998 la Constitución de Inglaterra parece haber sufrido una variación importante que precisamente tiende a caracterizar a la Constitución como una Constitución escrita. En ese sentido, surge la siguiente interrogante ¿actualmente la Constitución inglesa es una Constitución escrita?. No. Si bien la aprobación de la Ley de Derechos Humanos de 1998 cambia el aspecto de la Constitución de Inglaterra pues en muchos aspectos se parece más a una Constitución codificada, sin embargo, en estricto no llega a ser una Constitución escrita y unitaria. En efecto, se ha sostenido que «[e]l Reino Unido tiene una Constitución, pero ésta no es una Constitución codificada. En otras palabras, no hay un único documento (o serie de documentos) que sea conocido como Constitución. La falta de una Constitución codificada significa también que no hay un cuerpo de normas que sea anterior a las instituciones del Estado y del Gobierno y que por lo tanto se pueda decir que constituye el acta de fundación.

A pesar de que no hay una Ley Fundamental relativa a la Constitución es posible acercarse a una descripción de la Constitución por referencia a un número importante de fuentes constitucionales. Por tomar un ejemplo obvio, la Ley de Derechos Humanos de 1998 hace que los derechos individuales definidos en la Convención Europea de Derechos Humanos tengan una importancia constitucional central, pero, al mismo tiempo, muchos de los otros estatutos pueden ser de relevancia para la práctica constitucional en el campo de los derechos humanos: por ejemplo, la Ley de Policía y Evidencia Criminal de 1984 que trata más específicamente sobre los poderes de la Policía y de los derechos de la persona»<sup>75</sup>. Sin embargo, esta circunstancia no significa que no existan determinados documentos jurídicos que puedan ser considerados unos más importantes que otros o que en definitiva identifican el sistema constitucional inglés. En efecto, se ha señalado que «en términos prácticos, es obvio que ciertos estatutos son de importancia constitucional especial. La Petición de

---

<sup>73</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, R., “Una Constitución republicana inglesa, cit., p. 262.

<sup>74</sup> LEYLAND, P., *The Constitution of the United Kingdom*, cit., p. 25.

<sup>75</sup> Ídem, pp. 25 y 26.

Derechos de 1628 se refiere al principio de la no tributación sin representación. La Declaración de Derechos de 1689, aunque no es un proyecto de Declaración de Derechos moderna, obtuvo una sucesión protestante a la monarquía (una posición que fue confirmada por la Ley de Establecimiento de 1701). La Declaración de Derechos también confirma oficialmente que la sede del poder se había inclinado hacia el Parlamento como parte de una monarquía constitucional»<sup>76</sup>.

A diferencia de Inglaterra, en Estados Unidos ocurrirá todo lo contrario. La Constitución de 1787 que se funda sobre el poder constituyente y que está dirigida a instituir un gobierno limitado es una Constitución escrita. Pero, cabe precisar que la idea de una Constitución escrita «no era nueva en 1787 ni en 1776. Los estadounidenses tenían un concepto del Derecho constitucional e ideas bien desarrolladas sobre la naturaleza de una Constitución mucho antes de sentarse a redactar cualquiera de sus constituciones»<sup>77</sup>. Dicho en otras palabras, la idea de la Constitución escrita que constituirá un hecho revolucionario para el constitucionalismo de Europa, para los habitantes de Estados Unidos es un hecho natural pues era una práctica el establecer constituciones escritas. En efecto, desde el *Frame of government* de 1682 de Pensilvania hasta la aprobación de las constituciones de diversos Estados (es decir, antes de la aprobación de la Constitución de 1787) el hecho de redactar las constituciones era entendido como algo natural y necesario para esos Estados<sup>78</sup>. Ahora bien, al lado del carácter escritural de la Constitución se anexará el carácter normativo de la Constitución. En efecto, se ha señalado que la Constitución de 1787 tiene los rasgos de una Constitución rígida y de rango normativo superior en la medida que funda las instituciones políticas basadas en el autogobierno de la comunidad, reconoce derechos inalienables, se encuentra popularmente legitimada e incluye mecanismos al estilo de separación de poderes para evitar la crisis del sistema<sup>79</sup>. En este contexto, la concepción moderna de Constitución implica tanto la continuidad de la Constitución *no escrita* como el surgimiento de las constituciones escritas. Sobre esta base, es posible afirmar que la Constitución *no escrita* representa la continuidad de las constituciones antigua y medieval y serán pocos los países que la adoptan, básicamente Inglaterra y con algunas reservas Israel; mientras que la

---

<sup>76</sup> Ídem, pp. 26 y 27.

<sup>77</sup> KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, cit., p. 21.

<sup>78</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 161.

<sup>79</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, R., “Una Constitución republicana inglesa, cit., p. 262.

*Constitución escrita* representa un cambio en el sistema constitucional de la época y que ejercerá influencia sobre casi la totalidad de las constituciones contemporáneas (incluida la Constitución francesa de 1791). Al final, el resultado es que las constituciones hoy normalmente están recogidas en un documento escrito y dan lugar a lo que se conoce como el código constitucional. Pero la característica que los identifica a estos dos modelos de constitucionalismo es el carácter normativo de la Constitución.

#### **1.4. La Constitución contemporánea**

Hasta finales del siglo XVIII, salvo Inglaterra y Estados Unidos que habían transformado su Constitución feudal en una Constitución moderna, en toda Europa seguía manteniéndose la forma de gobierno de una monarquía absoluta. En ese sentido, la noción contemporánea de Constitución se refiere básicamente a la Europa continental que se encuentra reflejada a partir del artículo 16º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) que expresa que toda sociedad tiene una Constitución si garantiza o protege los derechos fundamentales y determina la separación de los poderes y, posteriormente corroborada con la aprobación de la Constitución francesa de 1791. La aprobación de estos dos importantes documentos supone la consolidación del carácter *escrito* de la Constitución, pero al mismo tiempo significa la continuación del uso del término “Constitución” referido a la política que es algo que data de antiguo y que pervivirá –en la Europa continental y los sistemas influenciados– hasta la mitad del siglo XX. La razón de esto último –se dice– se debe precisamente a la aprobación por separado de estos dos documentos jurídicos.

En efecto, la Declaración de los derechos el hombre y del ciudadano de 1789 es un dato clave para entender la idea de Constitución únicamente desde una dimensión política, pues no obstante referirse de manera expresa a la Constitución se separa de modo consciente la Declaración de la Constitución. Digo *consciente*, porque «[e]n 1789, el ejemplo de los ingleses y de los estadounidenses se tenía muy presente, pero la existencia de ese precedente no bastaba para producir una forma precisa que respondiera a las exigencias de los diputados». Así, se ha señalado que «[e]l primer objetivo de los constituyentes fue determinar la naturaleza de la relación entre Constitución y Declaración, lo cual debía resolver la cuestión del lugar de la Declaración, al principio o al final de la Constitución»;

sin embargo, «[d]urante los debates de julio-agosto de 1789, asistimos a una separación de la Declaración del campo constitucional»<sup>80</sup>.

La aprobación por separado de estos dos documentos –que podría ser entendido como la autonomía de los derechos frente a la Constitución en la medida en que su vigencia y eficacia no dependen de una Constitución– será «sancionada por la historia constitucional, puesto que la Declaración de los derechos del hombre no tendrá *valor jurídico* durante dos siglos»<sup>81</sup>. Este modo “político” de concebir la Constitución ejerció una marcada influencia en las demás constituciones contemporáneas, pues las constituciones aprobadas después de la Revolución Francesa serán consideradas sólo «*documentos de organización política*»<sup>82</sup> y todavía en proceso de formación, y aunque en la Constitución se establece la separación de poderes este principio no se llega a materializar en los hechos. En efecto, el principio de «*la separación de poderes no pasará de tener en Europa continental un carácter meramente formal*; esto es, el poder se dividirá en las tres ramas clásicas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial) pero esta división será aparente, pues una de ellas (ya sea el Legislativo o el Ejecutivo, según los casos) predominará sobre las demás. Por lo común, el “poder judicial” en Europa será un “poder cautivo”, sometido en todo caso al Legislativo y dependiente de la rama Ejecutiva»<sup>83</sup>.

Así las cosas, queda claro que la dimensión política de la Constitución predominante en la Europa continental hasta mitad del siglo XX contrasta sustancialmente con la tradición constitucional norteamericana que desde temprano acogió la *dimensión normativa* de la Constitución en los textos anteriores a la Constitución de 1787, durante el proceso de aprobación de la Constitución y posteriormente con la consolidación de la *judicial review* en 1803 por el juez Jhon Marshall. En efecto, a diferencia de la concepción norteamericana de

---

<sup>80</sup> FAURÉ, C., *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de D. Sánchez y J.L. Nuñez Herrejón, del original: *Les déclarations de droits de l’homme de 1789* (1988,1992), México D.F.: CNDH–FCE, 1995, pp. 27 y 28. Las tres citas. Peces-Barba, por el contrario, sostiene que ésta doble dimensión: política y jurídica, ya estaría presente en esta Declaración. La garantía de los derechos expresaría la juridicidad de la Constitución, mientras que la separación de poderes representará la dimensión política de la Constitución, resaltando que el objetivo de ambas es el mismo: limitar al poder político, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “La Constitución entre la voluntad soberana y la razón”, en *Reflexiones de los ponentes de la Constitución española 1978-2003: 25 aniversario de la Constitución*, Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 141-193, p. 157.

<sup>81</sup> FAURÉ, C., *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., p. 28. La cursiva es mía.

<sup>82</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo: Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2da. edición revisada y ampliada, 2003, p. 13.

<sup>83</sup> *Ibidem*.



la supremacía constitucional y el control judicial de constitucionalidad, en Francia será «la ley y no la Constitución o, mejor dicho, es la ley por delegación de la Constitución quien establece en lo fundamental la posición del individuo frente al Estado; algo impensable en Norteamérica»<sup>84</sup>; todo esto permitirá que la soberanía popular sea el principio operativo de la acción política, pero al mismo tiempo que la supremacía de la Constitución y la posibilidad de su garantía judicial quede definitivamente cerrada<sup>85</sup>.

La noción de Constitución escrita y la prevalencia de la dimensión política no reflejan lo que hoy se entiende por Constitución. Es cierto que hoy la Constitución es normalmente un texto escrito, pero existen también constituciones *no escritas*, básicamente la Constitución de Inglaterra<sup>86</sup> y con algunas reservas la Constitución de Israel; por tanto, el carácter escrito de la Constitución no caracteriza del todo a la noción contemporánea de Constitución<sup>87</sup>. En ese sentido, surge la siguiente interrogante, ¿qué es lo que caracteriza a la Constitución de nuestros días?. Su carácter normativo. En efecto, lo que caracteriza a la Constitución actual es que ésta además de su dimensión política tiene una predominante dimensión normativa. Esta dimensión normativa de la Constitución no le impide organizar políticamente el poder, esto es, determinar los órganos políticos y la delimitación de las funciones generales de estos, lo que hace simplemente es añadir a esa dimensión política una dimensión normativa, aunque es verdad con la inevitable consecuencia de que a partir de entonces se convierte en elemento *condicionante* de todo el Poder del Estado, de todo el Derecho del Estado.

De este modo, es a partir de las primeras décadas del siglo XX, pero sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial en que las constituciones contemporáneas –de Europa continental y los sistemas influenciados– dejan de ser exclusivamente documentos de organización política (Constitución como documento político) para convertirse también en un documento normativo (Constitución como documento normativo). La concepción o

---

<sup>84</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 65.

<sup>85</sup> Ídem, p. 78.

<sup>86</sup> Según recuerda Matteucci: de la historia constitucional inglesa emergen claramente aquellos principios, que aunque carezcan de una codificación explícita, caracterizan la tradición político-jurídica constitucional de Inglaterra, MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 26.

<sup>87</sup> Tiene razón Laporta cuando señala que si es la mera existencia de una Constitución escrita lo que importa, parece que habría que hacer una teoría del Derecho para Inglaterra, y otra distinta para Alemania, y entonces se podría llegar al extremo de que ningún Estado que careciera de Constitución escrita pueda ser descrito adecuadamente desde la teoría del Derecho actual, ATIENZA, M., “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM-Fontamara, N° 31, 2009, p. 209.

dimensión política de la Constitución puede ser importante para otros fines, como también lo son, las otras dimensiones como la material, cultural, etc., pero para los efectos de esta investigación me interesa sólo la concepción normativa. En ese sentido, en lo que sigue analizaré cómo o de qué manera la Constitución contemporánea –de los países de la Europa continental del siglo XX– adquiere esa dimensión normativa. Se trata del proceso que está muy relacionado con la cuestión del contexto histórico del “tránsito” del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

## **2. El tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional**

Como ya dije para saber qué es lo que hoy se entiende por Constitución es preciso abordar la noción de Constitución en los distintos contextos histórico-jurídicos. Y precisamente, uno de esos contextos histórico-jurídicos es el proceso de transformación del Estado legal de Derecho al Estado constitucional producido en la Europa continental y en los sistemas jurídicos influenciados (recuérdese que Inglaterra desde 1689 y los Estados Unidos desde la Constitución de 1787 tienen ya una Constitución con dimensión normativa, y que por tanto, en ambos casos, se trata ya de un Estado constitucional).

En ese sentido, en lo que sigue trataré de explicar algunas concepciones teóricas, a mi juicio necesarias, que orientan al conocimiento del tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional. Por cierto, no se trata un tema novedoso, pero creo que posee una gran importancia para comprender de manera adecuada las características que –sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial– han asumido nuestras cartas constitucionales de Europa continental y los sistemas jurídicos influenciados. Así, analizaré los principales fenómenos jurídicos producidos en el Estado legal de Derecho y en el Estado constitucional básicamente los generados en este último que lo identifican como tal y que permite comprender el impacto que su configuración ha significado para la comprensión del Derecho: la idea de Constitución como norma jurídica suprema, la rematerialización de los contenidos materiales, la garantía de la Constitución, etc.

## 2.1. El Estado legal de Derecho

La expresión Estado de Derecho o *Rechtsstaat* es una construcción lingüística y conceptual de la doctrina alemana del siglo XIX. Fue utilizada por primera vez por Carl Th. Welcker en 1813<sup>88</sup>. El Estado de Derecho se distingue del *Machtstaad*, o Estado de fuerza, propio del XVII, y del *Polizeistaat*, o Estado de policía, característico del siglo XVIII. Se trata de un modo de concebir al Estado que es propio de la Europa continental y que no se identifica con el *rule of law* inglés, pues el término *rule of law* no hace alusión expresa al Estado, mientras que el término Estado de Derecho sí hace una cierta referencia al Estado, pero que en todo caso, según señala Maccormick tampoco existirían diferencias sustanciales entre ambos conceptos<sup>89</sup>. Ahora bien, se suele leer frecuentemente en la literatura especializada que el término Estado de Derecho es un concepto ambiguo o un concepto esencialmente controvertido en la medida en que ofrece varias definiciones que pueden ser cambiantes y por tanto tener también distintas formas de concreción, sin que por ello se trate de un mero formulismo carente de contenido<sup>90</sup>. Una de las dificultades para comprender su significado – se ha dicho– consistiría en que el Estado de Derecho es el resultado de diversos procesos históricos, lo que si bien posibilita que puedan coincidir en algunos (o muchos) de los «aspectos básicos, también muestran componentes y dimensiones diferenciadas»<sup>91</sup>.

En este sentido, en líneas generales el término Estado de Derecho significa, de un lado, que el poder (o el gobierno) se rige por el Derecho y está sometido a él, y de otro lado, que los ciudadanos deben obedecer el Derecho y regirse por él. Es aquí que tiene lugar la expresión

---

<sup>88</sup> WELCKER, C. H., *Die Staatsrech letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813, p. 25. Anota Ramos Pascua que el Estado de Derecho «comienza su andadura cuando se implanta, tras la Revolución Francesa, “el imperio de la ley”. El artículo 3º de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 proclama que ninguna corporación ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de la nación, cuya voluntad se manifiesta en la ley. Dado que la ley se considera expresión de la voluntad general, el sometimiento de todos los poderes a la ley es la mejor garantía de libertad. He aquí el punto de arranque del Estado liberal del siglo XIX», RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, Bilbao: Desclee de Brouwer, 2007, p. 51.

<sup>89</sup> MACCORMICK, N., “Estado de Derecho y rule of law”, en THESING, J. (comp.), *Estado de Derecho y democracia*, Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung–CIEDLA, 1997, pp. 101-117.

<sup>90</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R de. Agapito Serrano, Madrid: Trotta, 2000, p. 18.

<sup>91</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F., «La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: BOE, N° XXIII, 2006, pp. 188 y 189.

bastante conocida del gobierno del Derecho en lugar del gobierno de los hombres<sup>92</sup>. De ese modo, una descripción más detallada de esta afirmación nos puede conducir a la conclusión de que a través del concepto de Estado de Derecho lo que se busca básicamente es «impedir de manera especial que aquellos a quienes eventualmente se confía el ejercicio del poder estatal lo usen de un modo distinto al sentido que impone el Derecho»<sup>93</sup>. En efecto, se ha señalado que la fórmula del Estado de Derecho refleja un valor y una dirección. Según este modo de ver las cosas, «[e]l valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y Derecho que constituía la quinta esencia del *Machtstaad*, y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*»<sup>94</sup>. Sobre esta base, la principal fuente jurídica que garantiza el sometimiento del Estado al Derecho es la ley.

En efecto, la ley constituye el elemento central para la configuración del concepto de Estado de Derecho. Dicho de otro modo, es la ley «el eje de la constitución del Estado de Derecho»<sup>95</sup>. A partir de entonces, el poder y la actividad del Estado (de todo poder público y privado) se encuentran regulados y controlados por la ley, expresión de la voluntad general (o de la soberanía popular). De este modo, dado que el Estado de Derecho se caracteriza por la sujeción del Estado a la ley que es el Derecho creado por él mismo –contrario a lo que ocurría en la monarquía absoluta donde el monarca era *legibus solutus*–, se le denomina también Estado Legal de Derecho o Estado Legislativo<sup>96</sup>. En este contexto, merece recordar que el término Estado de Derecho tiene –en la Europa continental– cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la Ilustración lo que implica que ha pasado por distintas etapas en función de las modalidades del pensamiento jurídico y político de cada época, sin embargo, siempre ha considerado como uno de sus presupuestos

---

<sup>92</sup> RAZ, J., “El Estado de Derecho y su virtud”, en CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁZQUEZ, R. (Coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF.: IJ (UNAM)–ITAM–SXXI, 2002, p. 17.

<sup>93</sup> LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, trad. de L. Díez-Picazo, del original: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Madrid: Civitas, 1985, p. 152.

<sup>94</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, del original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia* (1992), Madrid: Trotta, 9na. edición, 2009, p. 21.

<sup>95</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., p. 23.

<sup>96</sup> De acuerdo con Schmitt, «lo que se ha entendido por “Estado de Derecho” en los Estados europeos continentales desde el siglo XIX sólo era, en realidad, un Estado legislativo», SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. de C. Monereo Atienza, de la 4ta. edición alemana 1988 (1932), Granada: Comares, 2006, p. 2.

la existencia de una Constitución que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes<sup>97</sup>, lo que ocurre, es que debido a la fuerte influencia ejercida por el clásico principio del “imperio de la ley”, de *un lado*, las constituciones serán consideradas –como dije– sólo como meros documentos políticos y los derechos en ellas reconocidos tendrán eficacia (jurídica) sólo en la medida en que la ley los reconociera y con el contenido que esta les diera, y de *otro lado*, los poderes del Estado incluido el Poder Judicial –como también dije– no serán considerados un sistema de frenos y contrapesos sino que quedaran subordinados al Legislativo. Ahora bien, un análisis más detallado de la noción Estado de Derecho me permitirá explicar la existencia de al menos dos perspectivas básicas de este concepto: el concepto de Estado de Derecho formal y el concepto de Estado de Derecho material.

### **2.1.1. El Estado de Derecho formal**

Aunque inicialmente el concepto del Estado de Derecho no se dejará reducir a la alternativa entre Estado de Derecho formal y Estado de Derecho material finalmente desembocará en una concepción formal. Según una clásica descripción del Estado de Derecho, este ha de determinar con precisión, en forma de Derecho, la dirección y los límites de su acción así como el ámbito de libertad de los ciudadanos, sin que ello signifique la renuncia del Estado a su poder, o que pueda disponer del ordenamiento jurídico sin objetivos administrativos, ni que tenga que proteger por entero los derechos de los individuos. En esta concepción, el Estado de Derecho no representa sin más la finalidad y el contenido del Estado; se refiere sólo al modo y la manera de cómo se realizan los caracteres mencionados<sup>98</sup>. Es decir, esta descripción formal del Estado de Derecho revela que los fines y objetivos del Estado carecen de contenidos sustantivos o materiales. Dicho en otras palabras, en este modelo de Estado de Derecho si bien existe una auto-obligación del Estado mediante leyes generales y abstractas,

---

<sup>97</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Obras completas*, cit., p. 3030. En el mismo sentido Ramos Pascua señala que los principios centrales del Estado de Derecho son: el imperio de la ley, la división de poderes y la protección de los derechos humanos. Así, «[l]os dos primeros buscan la limitación y el control del poder político para impedir cualquier abuso del mismo. El tercero marca el objetivo material o el sentido sustantivo del Estado de Derecho, mecanismo institucional ideado precisamente para tutelar los derechos y libertades esenciales de la persona», RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho*, cit., p. 51.

<sup>98</sup> STAHL, F.J., *Die Philosophie des Rechts*, Hildesheim: Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Vol. II, parte 2, reimpression a la edición 1878, 1963, pp. 137-138. Según Mayer, este modo de concebir al Estado de Derecho, fue considerada unánimemente –esto es, incluso por sus adversarios–, como la mejor fórmula para expresar la idea del Estado de Derecho, MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, trad. de H.H. Heredia y E. Krotoschin, del francés: *Le droit administratif allemand (1904)*, Buenos Aires: Depalma, T. I (Parte General), 2da. edición, 1981, p. 79 (n.p. 14).

sancionadas según determinados procedimientos, sin embargo, los propósitos del Estado carecen de contenidos materiales<sup>99</sup>. Por tanto, «[e]l Estado de Derecho no es ya una especie de Estado que constituya un nuevo principio para el Estado: es un elemento formal que está separado del objetivo y del contenido del Estado, que es algo adecuado para el poder o el dominio políticos –sea este del tipo que sea–»<sup>100</sup>. Según Böckenförde esta concepción formal del Estado de Derecho predominó hasta finales de la República de Weimar<sup>101</sup>.

Uno de los defensores de esta idea del Estado de Derecho (formal) sería Kelsen. La tesis de este autor parte de la crítica hacia la teoría tradicional dualista que distingue el Estado del Derecho –es decir, que el Estado es distinto (o independiente) del Derecho y anterior a él: el Estado crea el Derecho y luego se somete a él obligándose o facultándose–, que según él incurre en una contradicción, ya que por un lado sostiene que el Estado es persona jurídica, por tanto, es objeto del conocimiento jurídico, y por otro lado, señala que el Estado es poder, por tanto, no se le puede entender desde el punto de vista del Derecho<sup>102</sup>. A su juicio, en cambio, existe una *identidad* entre el Estado y el Derecho, pues dado que el Estado es un orden social coactivo y que este orden coactivo se identifica con el ordenamiento jurídico (pues, en una misma comunidad no puede haber dos órdenes diferentes, sino un solo orden coactivo constitutivo de ella), entonces el Estado es el ordenamiento jurídico (el Estado es la personificación del orden jurídico)<sup>103</sup>. Sobre esta base, Kelsen señala que «si se tiene clara la identidad entre Estado y Derecho, si se comprende que el Derecho –el positivo– no es el Derecho identificado con la justicia sino el orden coactivo mismo, y que de esta manera el Estado se muestra a un tipo de conocimiento que no se esconde detrás de imágenes antropomórficas, sino que –a través del velo de la personificación– penetra en las relaciones

---

<sup>99</sup> KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de E. Bulygin, del original: *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungstaates* (1975), Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 139. Vid. también ANSUÁTEGUI ROIG, F., «La relación entre los derechos fundamentales», cit., p. 190.

<sup>100</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., p. 25.

<sup>101</sup> Ídem, p. 31.

<sup>102</sup> KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, trad. de L. Legaz y Lacambra (1933), Madrid: Reus–Revista de Derecho Privado, 2da. edición, 2009, pp. 97 y 98. Vid. también KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de G. Robles y F.F. Sánchez, del original de la 1ra. edición: *Reine Rechtslehre* (1934), Madrid: Trotta, 2011, pp. 118 y 119.

<sup>103</sup> KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 98 y 99. Vid. también KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 120.

reales de los humanos, entonces habrá que concluir que es imposible que el Estado pueda encontrar su justificación por medio del Derecho»<sup>104</sup>.

En efecto, dado que el Derecho (positivo) no se puede identificar con la justicia u otro valor y dado que el Estado es el orden coactivo mismo, se sigue que todo Estado es (por naturaleza) un Estado de Derecho; es decir, es una expresión redundante, por lo que carece de sentido de que el Derecho justifique al Estado, y por tanto, deviene también en innecesaria cualquier pretensión de justificación<sup>105</sup>. Dicho de otro modo, resulta «absolutamente inapropiada la tentativa de legitimar el Estado como Estado de Derecho, ya que todo Estado es necesariamente un “Estado de Derecho” en la medida en que con esta expresión se entiende un Estado que “tiene” ordenamiento jurídico. No hay ningún Estado que carezca de ordenamiento jurídico –o que aún no lo tenga–, por la sencilla razón de que un Estado no es sino un ordenamiento jurídico. Esta afirmación no supone en modo alguno un juicio de valor de naturaleza política»<sup>106</sup>. A la luz de estas consideraciones, Kelsen advierte que no hay que confundir la concepción del Estado de Derecho formal con el concepto de Estado de Derecho material, es decir, con un concepto de Estado de Derecho que implique la adopción de determinados contenidos materiales, pues el Derecho del Estado «pueden tener un contenido de cualquier clase»<sup>107</sup> y el hecho de «[c]onsiderar como “verdadero” ordenamiento jurídico tan solo a un sistema normativo que posea los caracteres mencionados constituye un prejuicio de índole iusnaturalista. Desde la perspectiva de un positivismo jurídico consecuente el Derecho, y lo mismo el Estado, no puede ser considerado de otro modo que como un orden coactivo de la conducta humana, sin que con ello se quiera decir nada sobre su valor moral o sobre su justicia»<sup>108</sup>.

Con base en lo anterior, Kelsen no dudará en sostener por ejemplo que en «el Derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado a encerrar en campos de concentración a

---

<sup>104</sup> Ídem, pp. 125 y 126. Vid., también KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, del original de la 2da. edición: *Reine Rechtslehre* (1960), México DF.: Porrúa, 16ta. edición, 2009, p. 320.

<sup>105</sup> En efecto, Kelsen señala que si en un determinado Estado se reconoce un orden jurídico, entonces la expresión Estado de Derecho es una expresión pleonástica, pues Estado es un Estado de Derecho, KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 315.

<sup>106</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 126.

<sup>107</sup> KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de G. Máñez, México D.F.: UNAM, 3ra. edición, 2008, p. 133.

<sup>108</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 126. Vid., también KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 320.

personas de ideología, religión o raza indeseables, constriñéndolos a cualquier labor, y hasta a matarlos. Medidas semejantes pueden ser juzgadas moralmente con la máxima severidad, pero no se puede considerarlas como externas al régimen jurídico de esos Estados»<sup>109</sup>. Desde otro punto de vista incluso se ha llegado a afirmar que la idea de Estado de Derecho (formal) es sólo una nota característica que un orden jurídico puede tener y por el cual puede ser juzgado ya sea positivamente o, sea negativamente. En ese sentido, se señala que «[n]o se debe confundir con democracia, justicia, igualdad (ante el Derecho o de otra manera), ni con derechos humanos de cualquier tipo ni con el respeto por las personas o por la dignidad del hombre. Un sistema jurídico no democrático, basado en la negociación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de Derecho mejor que cualquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquéllas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al Estado de Derecho»<sup>110</sup>.

Esta concepción formal del Estado de Derecho y las notas que lo caracterizan permitió que en el período de entreguerras se planteen algunas reflexiones teóricas sobre la posibilidad de considerar (o no) a los regímenes totalitarios como auténticos “Estados de Derecho”. Se señala que para un sector de la doctrina este estado de cosas no suponía sino la destrucción del Estado de Derecho, pues «[s]i bien siguieron vigentes partes del orden jurídico, su aplicación estaba sujeta a la injerencia del poder político. El arbitrio de lo político comenzó a desintegrar lo jurídico»<sup>111</sup>. En cambio, para los defensores de la continuidad se señala que según ellos «los regímenes totalitarios eran la “restauración” –tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización– del Estado de Derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer

---

<sup>109</sup> Ídem, p. 54.

<sup>110</sup> RAZ, J., “El Estado de Derecho y su virtud”, cit., p. 16.

<sup>111</sup> HORN, W., “Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana”, en THESING, J. (comp.), *Estado de Derecho y democracia*, Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1997, pp. 49-81, p. 56.



con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social»<sup>112</sup>.

### 2.1.2. El Estado de Derecho material

A diferencia del Estado de Derecho formal que se caracteriza por la actuación del poder a través de normas puramente formales, Kriele señala que el Estado de Derecho material, en cambio, significa satisfacer «problemas de garantía de la justicia material, garantías de la libertad y del aspecto social de las normas jurídicas formales; es decir: obligación del legislador de respetar los derechos fundamentales y los derechos humanos, y el principio de proporcionalidad, esto es, limitaciones de la libertad sólo cuando y en la medida en que éstas son adecuadas, necesarias y proporcionadas al fin buscado»<sup>113</sup>. Dicho de otro modo, la idea del Estado de Derecho material o sustancial «es aquel modelo de estructuración de las relaciones entre el Derecho y el poder político, que afirma que éste se debe ejercer en el marco de las limitaciones formales y materiales establecidas por las normas jurídicas»<sup>114</sup>. Como es obvio, se trata de una concepción de Estado de Derecho distinta a la defendida por Kelsen para quien “todo Estado es Estado de Derecho”, esto es, se trata de una concepción de Estado de Derecho que exige la realización de determinados contenidos materiales y que se encuentra reflejada en la frase bastante conocida de Elías Díaz para quien «No todo Estado es Estado de Derecho»<sup>115</sup>. No obstante, conviene precisar que Kelsen no ignora la existencia del concepto de Estado de Derecho material, diría que lo conoce muy bien, sólo que lo rechaza –y por tanto opta por un concepto de Estado de Derecho formal– porque sus postulados resultan incoherentes con los de su Teoría pura del Derecho que tiene por objeto el estudio del Derecho alejado de toda ideología de carácter ético, político, sociológico, etc<sup>116</sup>. En efecto, Kelsen reconoce de manera expresa que la noción de Estado de Derecho, en la práctica, se utiliza para designar un cierto tipo de Estado, uno que se corresponde con «las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. “Estado de Derecho”, en este

---

<sup>112</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 22.

<sup>113</sup> KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 139.

<sup>114</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F., «La relación entre los derechos fundamentales», cit., p. 190.

<sup>115</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus, 10ma. edición, 2010, p. 31.

<sup>116</sup> De modo similar, Ramos Pascua señala que Kelsen conoce la existencia del Estado de Derecho material, sólo que la rechaza porque sabe que es «una idea cargada de moralidad, una idea que contiene juicios de valor o exigencias de justicia, desmintiendo el dogma positivista de la separación estricta entre Derecho y moral», RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho*, cit., p. 50.

sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un Parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe de Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión»<sup>117</sup>.

La diferencia entre estos dos modelos de Estado de Derecho puede explicarse básicamente del modo siguiente: «en el Estado de Derecho formal la legalidad y el imperio de la ley no son considerados desde el punto de vista de los contenidos. El principio de legalidad es analizado [sólo] desde un punto de vista formal y estructural», mientras que «en el Estado de Derecho material el principio de legalidad se presenta referido a una “legalidad selectiva”. Cuando se hace referencia a la ley en el Estado de Derecho material, no se está pensando en una ley en la que cabe cualquier contenido», sino que su sentido «viene determinado por su origen y por su contenido, siendo algo más que una mera técnica formal de gobierno»<sup>118</sup>. En efecto, según la noción de Estado de Derecho material, por ejemplo, de Elías Díaz «la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho». Según este modo de ver, el Estado de Derecho «es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados, controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”». Dicho de otro modo, es un Estado que en la medida en que su poder se encuentra «regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario»<sup>119</sup>. Con base en ello, para esta concepción cuatro serían las exigencias básicas de todo Estado de Derecho material: i) el imperio de la ley como expresión de la “voluntad general”; esto es, ley democráticamente producida, ii) la división de poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, iii) la legalidad y el control judicial de la actuación de la administración pública; y, iv) la incorporación y garantía real de cumplimiento de los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales)<sup>120</sup>. Sobre el último de estos caracteres, este autor precisa que la finalidad

---

<sup>117</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 315.

<sup>118</sup> Ansuátegui Roig, F., «La relación entre los derechos fundamentales, cit., pp. 194 y 195, las tres citas.

<sup>119</sup> Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., p. 31. Las tres citas.

<sup>120</sup> Ídem, p. 46.

del Estado de Derecho material es «lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho», de manera tal que la «falta o arbitraria y abusiva limitación impide la existencia de un auténtico Estado de Derecho y favorece la implantación de un sistema político absolutista, autoritario y totalitario»<sup>121</sup>.

De otro lado, existe en la literatura especializada una clasificación de diversos modelos de Estado de Derecho los que si bien presentan enfoques especiales, sin embargo, coinciden en lo esencial, es decir, al final presentan según sea el caso contenidos formales y/o materiales. En efecto, se propone un modelo descriptivo o prescriptivo de Estado de Derecho<sup>122</sup>, un modelo restringido o amplio (exigente) de Estado de Derecho<sup>123</sup> y un modelo débil o fuerte de Estado de Derecho<sup>124</sup>. El primer grupo de los modelos descriptivo, restringido y débil de Estado de Derecho coinciden en defender una concepción formal del Estado de Derecho, según la cual –como dije– todo Estado es un Estado de Derecho; esto es, la sola referencia a la existencia de un orden jurídico supone también la existencia de un Estado de Derecho. Aunque existen algunas voces que advierten que no se trataría de un modelo de Estado que no tiene más requisitos que el sometimiento a la ley. Para este modo de ver, incluso si se trata de un Estado de Derecho formal «[l]a ley no es cualquier modalidad de ley, sino la que cuenta con el consentimiento de los gobernados (más tarde, además, la que se ha elaborado con la participación de ellos); la que precisa de un sistema político con división de poderes y

---

<sup>121</sup> Ídem, pp. 53, 56 y 57, las dos citas.

<sup>122</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, Poder y Derecho*, Madrid: CEC, 1995, p. 95.

<sup>123</sup> ASÍS ROIG, R. de., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid: Dikynson, 1999, pp. 43, 44 y 83. También DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit.

<sup>124</sup> FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid: UNED - UAM, N° 17, 2001, p. 31. También DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit. Por ejemplo, para Ferrajoli según este último modelo el Estado de Derecho en sentido *débil* designa a «cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en la *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos». De ese modo, «son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tiene una fuente y una forma legal», mientras que el Estado de Derecho en sentido *fuerte* designa «sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los *contenidos*», de este modo, «son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios [o contenidos] sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales», FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, cit., p. 31, las cuatro citas.

sistemas de controles y la que respeta y garantiza unos derechos y libertades»<sup>125</sup>. El segundo grupo que se refiere a los modelos prescriptivo, exigente y fuerte de Estado de Derecho coinciden en defender una concepción material de Estado de Derecho que supone básicamente el respeto a la división de poderes y la garantía y eficacia de los derechos fundamentales. Sobre esto último –como también dije– se resalta que su «falta o arbitraria y abusiva limitación impide la existencia de un auténtico Estado de Derecho y favorece la implantación de un sistema político absolutista, autoritario y totalitario»<sup>126</sup>. Dicho en otras palabras, la concepción material del Estado de Derecho «se caracteriza por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del Derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende ya como orientado primariamente a asegurar las garantías formales de la libertad, sino a establecer una situación jurídica justa en sentido material»<sup>127</sup>.

## 2.2. El Estado constitucional

El Estado constitucional (de la Europa continental y los sistemas influenciados) propio del siglo XX nace después de la Primera Guerra Mundial y se perfecciona sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial con la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976), España (1978), entre otras. Se trata del modelo más acabado de la evolución del Estado y que despliega sus efectos en los Estados de los tiempos actuales. En líneas generales, el Estado constitucional es un modelo de Estado en el que la Constitución (escrita) adquiere la categoría de norma jurídica lo que implica que todas las disposiciones de la Constitución se convierten en vinculantes u obligatorias para todos los poderes y para todo el ordenamiento jurídico. La caracterización de la Constitución como norma jurídica supone –al mismo tiempo– una modificación sustancial en uno de los rasgos definidores del orden jurídico de un Estado, esto es, en la fuente del Derecho de un Estado, la ley. A partir de entonces, la ley (considerada la principal fuente del Derecho del Estado), por primera vez, se somete a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más

---

<sup>125</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, N° 138, 1997, p. 102.

<sup>126</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., p. 56.

<sup>127</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., p. 40.

alto de Derecho establecido por la Constitución<sup>128</sup>. Así, se ha señalado que «[l]a fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la ley como fuente de Derecho, ha dado en llamarse Estado Constitucional»<sup>129</sup>. Junto a todo lo anterior, según Kriele la noción de Estado constitucional exige además la clara división institucional de los poderes, lo que supone la garantía institucional de la independencia personal y material del juez, pero en definitiva la implementación del control judicial del legislador por medio de la jurisdiccional constitucional<sup>130</sup>.

No obstante, existe en la literatura jurídica una discusión sobre la caracterización del Estado constitucional que agrupa dos posturas bien diferenciadas: una postura que trata de explicar o informar que el Estado constitucional es con relación al Estado de Derecho simplemente (o únicamente) una mera evolución, prolongación o continuación, y otra postura que, por el contrario, busca justificar o defender que el Estado constitucional es principalmente (o fundamentalmente) una alteración, superación o transformación respecto del Estado de Derecho. En ese sentido, los defensores de la primera postura se esfuerzan en señalar o explicar que el Estado constitucional es sólo «un modelo evolucionado de Estado de Derecho»<sup>131</sup> o, como señala Laporta es «una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional. Nada más y nada menos»<sup>132</sup>; por tanto, bien se puede afirmar que “todo Estado de Derecho es un Estado constitucional”, pues no existirían diferencias sustanciales entre ambos modelos de Estado. En efecto, a esa conclusión llega, por ejemplo, Elías Díaz en el Prólogo a la Novena edición de su libro “Estado de Derecho y sociedad democrática” al señalar que «[h]e ido tomando no pocos apuntes, desde luego, cuando repasaba y rememoraba más bien autocríticamente cada uno de los temas y capítulos de aquél, tanto respecto de las concordancias como sobre las discrepancias propias o ajenas». Con base en ello sostiene este autor que si «el Estado de Derecho es (así democráticamente entendido) imperio de la ley, resulta evidente que aquél es y habrá de ser por encima de todo imperio de la ley fundamental, imperio de la Constitución. Desde este punto de vista resulta obvio (casi tautológico) que todo Estado de Derecho es Estado constitucional de

---

<sup>128</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 34.

<sup>129</sup> BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., «El papel del juez en el Estado Constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: BOE, N° XXII, 2005, p. 114.

<sup>130</sup> KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 140.

<sup>131</sup> PEÑA FREIRE, A.M, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta, 1997, p. 41.

<sup>132</sup> ATIENZA, M., “Imperio de la ley y constitucionalismo, cit., p. 209.

Derecho»<sup>133</sup>. Y por el contrario, los defensores de la segunda postura se esfuerzan en demostrar que la fórmula del Estado constitucional supone con relación (básicamente) al Estado de Derecho material «un auténtico cambio genético»; es decir, que este último modelo de Estado más que «una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del Derecho»<sup>134</sup>.

Así las cosas, surge la siguiente interrogante: ¿es el Estado constitucional simplemente una continuación o, por el contrario, es fundamentalmente una transformación con relación al Estado de Derecho material? El Estado constitucional es una transformación sustancial respecto del Estado de Derecho material. En efecto, la fórmula del Estado constitucional supone en relación con el Estado de Derecho un cambio “trascendental” o, si se quiere una alteración “capital” que se refleja en el modo de entender la Constitución, y por lo tanto, también en el modo de entender el Derecho del Estado. Intentaré explicar esta afirmación a partir de los siguientes argumentos. *Primero*, ya he señalado la condición de norma jurídica suprema de la Constitución que lo sitúa por encima de la ley, *segundo*, pese a que la ley del Estado de Derecho (material) no es una ley cualquiera, pues «la ley en el Estado de Derecho material se caracteriza tanto por su origen como por su contenido»<sup>135</sup>, lo primero que se refiere al origen democrático de la ley como expresión de la voluntad general y lo segundo, al contenido de la ley que se vincula con la presencia de valores, principios y los derechos fundamentales y, se precisa que es «la presencia de estos contenidos la que diferencia al Estado de Derecho material respecto al formal, de un lado, y la que lo vincula al Estado constitucional, de otro»<sup>136</sup>; es decir, pese a que se trata de un modelo de Estado en el que la ley es producto de la voluntad popular y que presenta determinados contenidos materiales, y por tanto, están garantizados los derechos fundamentales de la persona; sin embargo, lo que sobresale de toda esta argumentación es que tanto el discurso sobre los contenidos materiales de la ley como la garantía de los mismos giran (únicamente) en torno y sobre la base de la ley, no sobre la base de la Constitución. En el Estado constitucional, en cambio, tanto el discurso sobre los contenidos materiales y del Derecho en general, así como la garantía del mismo, gira en torno y sobre la base de la Constitución, lo que significa que se

---

<sup>133</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, cit., pp. 13 y 15, las dos citas.

<sup>134</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., pp. 33 y 34, las dos citas.

<sup>135</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F., «La relación entre los derechos fundamentales, cit., p. 195.

<sup>136</sup> Ídem, p. 196.

produce una transformación en la fuente principal del Derecho, así el principio de supremacía de la ley cede ante el principio de la supremacía de la Constitución, y *tercero*, si tradicionalmente en el Estado de Derecho el legislador podía desarrollar libremente su actividad aunque teniendo en cuenta el contenido de la ley, en cambio, en el Estado constitucional todos los actos de ejercicio del poder, incluido los del legislador, están sometidos jurídicamente a la Constitución (concretamente al contenido de las disposiciones constitucionales), para cuyo propósito se ha venido en implementar la jurisdicción constitucional para realizar el control judicial de la constitucionalidad. En lo que sigue, analizaré de manera breve sobre los rasgos que caracterizan al Estado constitucional.

### **2.3. Características del Estado constitucional**

La fórmula del Estado constitucional supone la articulación y/o actuación conjunta de dos o más características propias de este modelo de organización político-jurídica, por tanto, no supone la actuación exclusiva (o aislada) de una determinada característica. Es verdad que algunas de ellas pueden destacar (o predominar) sobre las demás, pero ello no significa la actuación aislada de alguna de ellas. En ese sentido, a mi juicio, la fórmula del Estado constitucional supone la actuación conjunta de cuando menos dos o más de las siguientes características:

#### **a). La idea de la Constitución como norma**

La Constitución del Estado constitucional además de ser un documento político es también un documento normativo, pero a diferencia del Estado de Derecho (formal o material) en el que prevalece la dimensión política, en el Estado constitucional prevalece la dimensión normativa. Esto significa que las disposiciones de la Constitución del Estado constitucional tienen valor político sí, pero finalmente tienen una dimensión normativa que hace que sus disposiciones jurídicas se conviertan en disposiciones vinculantes u obligatorias para todos los poderes y para todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el carácter normativo de la Constitución del Estado constitucional no se obtiene sólo autorreferencialmente, sino –como dije– mediante la conjunción con otras características como la garantía jurisdiccional (que se detallará más adelante) que refuerza la pretensión de normatividad de la Constitución, pero sobre todo se obtiene a través del reconocimiento por sus destinatarios de este estado de

cosas. Así, se ha señalado que «[p]ara ser real y efectiva, la Constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La Constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis»<sup>137</sup>. Sobre esta base, se puede afirmar entonces lo que identifica al carácter normativo de la Constitución del Estado constitucional es *la idea de la Constitución como norma jurídica*. La idea –se dice– «es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la “cosa” misma, como sucede con la Constitución de Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto» la normatividad de la Constitución se pierde en concepciones vagas y confusas para la sociedad<sup>138</sup>. Desde otra perspectiva, se prefiere explicar este mismo fenómeno a partir de la existencia de una norma básica convencional. Así, se señala que «[e]l carácter normativo del todo depende de una norma convencional conforme a la cual todas las personas que ejercen una función pública [y también los ciudadanos] deben observar y dar sustento a la Constitución y a las leyes válidamente creadas en conformidad con ésta. El cumplimiento de esta norma básica convencional o consuetudinaria es esencial para la existencia de un Estado constitucional»<sup>139</sup>. Sea cual fuere el caso, lo que sobresale es el reconocimiento como tal del carácter normativo de la Constitución por parte de los ciudadanos, si ello no ocurre, estamos ante una Constitución sólo política, y no normativa, «[t]odo ello explica por qué fue tan decisivo en la mayoría de los sistemas de influencia constitucional francesa hasta la Segunda Guerra Mundial el que la cultura jurídica dominante considerara a las Constituciones normas superiores sólo desde un punto de vista político pero no jurídico, hasta el punto de no tenerlas por propiamente normativas»<sup>140</sup>.

## **b). La alteración del sistema de fuentes**

---

<sup>137</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, de la 2da. edición alemana 1969: *Verfassungslehre* (1959), Barcelona: Ariel, 4ta. reimpresión a la 2da. edición 1976, 1986, p. 217.

<sup>138</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 9.

<sup>139</sup> MACCORMICK, N., *Instituciones del Derecho*, trad. de F. Atria y S. Tschorne, del original: *Institutions of Law* (2007), Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 84.

<sup>140</sup> RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, cit., p. 61.



La Constitución del Estado de Derecho –que era superior pero sólo desde el punto de vista político–, al ser en el Estado constitucional una norma jurídica, se convierte en la norma jurídica jerárquicamente superior (o mejor aún, suprema) del ordenamiento jurídico, y por tanto, se superpone a la ley (el imperio de la ley cede frente al imperio de la Constitución). Ello significa que a partir de este momento todo lo relacionado al mundo del Derecho es reemplazado por la norma más alta, por la Constitución. La ley que era «[la] medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma [la ley] en objeto [no, en parámetro] de medición»<sup>141</sup>. De este modo, se produce una verdadera alteración en el sistema de fuentes del Derecho, porque ahora la Constitución en tanto norma jurídica suprema del orden jurídico «*condiciona* la actividad del legislador, hasta el punto de que éste no puede aprobar leyes que contravengan lo dispuesto en la *norma más alta* que es el texto constitucional, que se convierte así en parámetro o medida de la actuación del legislador»<sup>142</sup>.

Es obvio, la ley en el Estado constitucional no desaparece sino que es reemplazada por la Constitución en su condición de fuente principal del orden jurídico. En todo lo demás, la ley sigue cumpliendo un rol importante, aunque eso sí ahora condicionada a los contenidos de la Constitución. Sin embargo, existen algunas voces que se muestran escépticas a esta nueva forma de entender el Derecho. Por ejemplo, Laporta no dudará en señalar lo siguiente: «[n]o veo la Constitución y su inserción en el ordenamiento como algo que altere sustancialmente la teoría del Derecho que se ha venido construyendo a lo largo del siglo XX bajo la inspiración del positivismo. Por supuesto que la Constitución introduce ingredientes nuevos que son importantes, sobre todo si se subrayan algunos rasgos como la rigidez, el especial lenguaje de valores y principios, o la aplicabilidad directa, pero no creo que ello dé lugar a una diferencia cualitativa y sustancial entre las teorías que han dado cuenta de las relaciones entre la ley y el reglamento, por ejemplo, y los enfoques nuevos que abordan la relación entre la Constitución y la ley»<sup>143</sup>.

### **c). La “rematerialización” de los contenidos materiales de la Constitución**

---

<sup>141</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 40.

<sup>142</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo*, cit., p. 91.

<sup>143</sup> ATIENZA, M., “Imperio de la ley y constitucionalismo, cit., p. 209.

Una de las traiciones más graves del legalismo decimonónico –se dice– es «la degradación del valor normativo de las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones revolucionarias»<sup>144</sup>. Sin embargo, en la Constitución del Estado constitucional los valores, derechos y principios en ella reconocidos reclaman la activación de su carácter normativo y se convierten en normas obligatorias y vinculantes para todos los poderes públicos y los ciudadanos, dotando así de nuevo significado a la Constitución y a su interpretación. En efecto, se ha señalado que «[e]l núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de “quién” y “cómo” se manda, sino en gran parte también de “qué” puede o debe mandarse»<sup>145</sup>. Este proceso es lo que se ha venido en denominar como la rematerialización de los contenidos materiales de la Constitución y del Derecho en general<sup>146</sup>. Estos valores, derechos y principios se encuentran dotados de eficacia jurídica y son garantizados en última instancia por un órgano constitucional distinto de los clásicos poderes del Estado<sup>147</sup>.

La rematerialización de los contenidos materiales de la Constitución supone el alejamiento de aquellas posturas bastantes difundidas, que sobre la idea de la Constitución como norma *política* rechazaron la presencia de cláusulas materiales en los preceptos constitucionales, según sostenían debido fundamentalmente a que carecían de un contenido unívoco. Por ejemplo, para Kelsen tales fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso; pues, disposiciones como las que se refieren a la justicia, equidad, libertad, igualdad, etc., pueden ser interpretadas como directivas al legislador para establecer “discrecionalmente” el

---

<sup>144</sup> MARCILLA CÓRDOVA, G., *Racionalidad legislativa*, cit., p. 133.

<sup>145</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios y derechos*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 1998, p. 35.

<sup>146</sup> LA TORRE, M., “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid: CEPC, Núm. 16, 1993, p. 70.

<sup>147</sup> BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en RAMOS PASCUA, J.A., y RODILLA GONZÁLES, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006, p. 340.

contenido de las leyes, lo que devendría en un interpretación totalmente peligrosa<sup>148</sup>. De modo similar, Brünig en una carta dirigida a Schmitt decía que «[c]uanto más principios fundamentales acoge una Constitución, mayor es el peligro de que al final se imponga lo contrario de lo que originariamente se quiso»<sup>149</sup>. Aunque para ser más exacto, debo señalar que esta idea fue ligeramente modificada por Kelsen al admitir la presencia de algunos contenidos materiales en la Constitución. En efecto, este autor dirá que la Constitución «determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimientos legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina –y ello con eficacia únicamente en sentido negativo– el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos»<sup>150</sup>. Las disposiciones constitucionales que prohíben al legislador la emisión de leyes penales retroactivas o leyes discriminatorias serían un buen ejemplo de lo dicho recientemente<sup>151</sup>.

#### **d). La alteración de la división de poderes**

La Constitución del Estado constitucional se caracteriza por asignar la tarea de defender o de garantizar la Constitución a un órgano distinto de los tres tradicionales –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– denominado Tribunal Constitucional (control concentrado) o Corte Suprema (control difuso) con competencia jurisdiccional para controlar incluso la actuación del legislador, lo que significa que produce una alteración en la teoría clásica de la división de poderes porque ahora éstos poderes (incluido el Legislativo) se someten al Derecho de la Constitución<sup>152</sup>. Dicho de otro modo, el Estado constitucional acoge dentro de su estructura jurídico-política al principio de división de poderes, pero lo matiza. Y es que si en el Estado de Derecho, dentro del sistema clásico de división de poderes «el legislativo poseía un poder de disposición prácticamente ilimitado sobre la ley especialmente en aquellos sistemas en los que no existía o ejercía un Derecho de veto por parte del Jefe del Estado. En cambio un Estado constitucional de Derecho no admite que las decisiones del Parlamento sean

---

<sup>148</sup> KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, trad. de J. Ruiz Manero, del original: *La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle* (1928), en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid: Debate, 1988, p.142.

<sup>149</sup> SOSA WAGNER, F., *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff. Coincidencias y confidencias*, elaborado del original: *Briefwechsel Ernst Forsthoff–Carl Schmitt 1926-1974* (2007), Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 67.

<sup>150</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 242.

<sup>151</sup> GUASTINI, R., *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltran, del original: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto* (1996), Barcelona: Gedisa, 1999, p. 310.

<sup>152</sup> BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., «Los contenidos materiales de las constituciones, cit., p. 351.

absolutas, omnicompetentes y *eo ipso* justas, sino que la validez de tales decisiones depende de su concordancia con la Constitución»<sup>153</sup> y esa labor de control, le corresponde realizar al Tribunal Constitucional o Corte Suprema.

La incorporación de este “cuarto” poder ha sido un mecanismo utilizada por muchos países, de ahí que se haya señalado que en la fórmula del Estado constitucional «se abre paso a la tendencia de la consideración de la Constitución como una norma verdaderamente jurídica y que, por consiguiente, ha de estar dotada de las debidas garantías jurisdiccionales, pues un Derecho cuya validez no pueda postularse ante los tribunales no es un verdadero Derecho. Resultado institucional de este criterio es el establecimiento de tribunales constitucionales, primero en Austria y, más tarde, en Checoslovaquia y España. Pero es sobre todo después de la segunda guerra mundial cuando tales Tribunales se establecen en varios países europeos y con ello se consolida lo que podemos denominar Estado constitucional de Derecho, pues, del mismo modo que no podía hablarse en propiedad de Estado legal de Derecho más que cuando existía una jurisdicción contencioso-administrativa, tampoco puede hablarse de un Estado constitucional de Derecho sin una jurisdicción contencioso-constitucional»<sup>154</sup>. En lo que sigue analizaré sobre la gestación, desarrollo y caracterización de la garantía jurisdiccional de la Constitución del Estado constitucional.

### **3. La garantía jurisdiccional de la Constitución**

La Constitución, pese a su condición de norma jurídica suprema del orden jurídico, también puede ser objeto de vulneración por los responsables de la vida constitucional (poderes públicos y ciudadanos)<sup>155</sup>. Es sobre esta base que la Constitución del Estado constitucional prevé algunos mecanismos y/o garantías jurídicas que aseguren su inquebrantabilidad o invulnerabilidad. Tales medios de protección pueden ser internos o externos. En el *primer caso*, la propia Constitución se protege (o auto-defiende) de posibles alteraciones –no autorizadas– a su contenido mediante la rigidez constitucional<sup>156</sup>. En el *segundo caso*, la

---

<sup>153</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Obras completas*, cit., p. 3034.

<sup>154</sup> Ídem, p. 3033.

<sup>155</sup> KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, del original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), Madrid: Tecnos, 1995, p. 3.

<sup>156</sup> Al respecto, Jellinek señala, que las constituciones modernas «suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad», JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Ch. Förster, del original: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), Madrid: CEC, 1991, p. 15.

Constitución encomienda realizar esa tarea a determinados órganos del Estado los que, a su vez, pueden desarrollar o, bien una defensa política o, bien una defensa jurisdiccional por actos contrarios a la Constitución<sup>157</sup>. La defensa es política si la realiza un órgano político: el Parlamento o el Ejecutivo frente a los otros órganos del Estado. Y, es jurisdiccional si la realiza un órgano jurisdiccional: el Tribunal Constitucional o Poder Judicial frente a los otros órganos del Estado y en algunos casos también frente a los ciudadanos. La mayoría de las constituciones prevén estos dos tipos de defensa constitucional. Sin embargo, el punto central y que ha generado vivos debates radica en señalar cuál de ellos es (o debería ser) el encargado de realizar la función de último garante (y a la vez, también la función de último intérprete) de la Constitución.

La sentencia *Bonham's Case* pronunciada por el juez Coke en 1610 podría ser considerada el primer antecedente de lo que entendemos como la defensa o garantía de la Constitución; sin embargo, tal afirmación no es del todo exacta porque la intención del juez Coke no fue la de establecer el poder de los jueces de declarar nulas las leyes contrarias al Common Law, sino sólo la de desarrollar «un criterio de interpretación estricta (*strict interpretation*) que permitía a los jueces *desatender* aquella interpretación de las leyes que fuera contraria a los principios del *Fundamental Law*, considerando dicha interpretación como nula»<sup>158</sup>. Esta conclusión –se dice– parece evidente porque «a principios del siglo XVII no existe todavía la creencia de un concepto moderno y normativo de Constitución como norma suprema que permita a los jueces invalidar las leyes contrarias a la misma», lo que, existe es algo muy parecido a ello, esto es, sólo «la creencia en que la intención del legislador nunca puede ser contraria al *Fundamental Law* y que por tanto, cuando el significado ordinario o tenor literal de la ley es contrario al *Fundamental Law*, el papel de los jueces es inaplicar o invalidar ese tenor literal»<sup>159</sup>, pero que en estricto todavía no aparece de manera completa la noción moderna y normativa de la Constitución como norma suprema del orden jurídico. De modo similar, anota Kramer que «es dudoso que la constitución consuetudinaria cediera espacio a alguna forma de control judicial de constitucionalidad de la legislación», por lo que

---

<sup>157</sup> No hay duda, que los ciudadanos y el pueblo en general también pueden defender la Constitución, pero, es evidente, que este tipo de “defensa constitucional” adquiere otra dimensión jurídica que excede el objetivo aquí propuesto.

<sup>158</sup> DORADO PORRAS, J., *La lucha por la Constitución*, cit., p. 76.

<sup>159</sup> Ídem, p. 78. Las dos citas.

considera de «auténticamente sorprendente la cantidad de tinta derramada por muchos de nuestros más grandes juristas en el esfuerzo por darle sentido a este pequeño pasaje»; en ese sentido, concluye que lo que en realidad Coke estaba planteando es «un punto sencillo basado en “las reglas ordinarias de interpretación legislativa del *common law*”, a saber, que el Tribunal podía (y debía) rehusar seguir una ley abiertamente absurda»<sup>160</sup>. No obstante, la primera “propuesta” de la instauración de un guardián de la Constitución si se podría encontrar en la Inglaterra de la mitad del siglo XVII, concretamente, luego de la muerte de Cromwell en 1658; es decir, después de los primeros ensayos modernos de constituciones “escritas” y en una época en que se produce la desintegración política del Gobierno republicano y ya es inminente la restauración de la monarquía<sup>161</sup>. El papel de “protector” o “conservador” de la Constitución la desempeñaría básicamente un círculo “especial” compuesto por doce ciudadanos destacados –que sobre las ideas de Harrington– tenían la obligación de declarar nulas todas las medidas contrarias a la Constitución<sup>162</sup>; es decir, se quería conservar la normativa del *commonwealth* e impedir la restauración de la monarquía inglesa<sup>163</sup>.

La propuesta más acabada sobre la garantía o la defensa jurisdiccional de la Constitución la podemos encontrar en el sistema constitucional americano, que desde muy temprano se decantará a favor de los jueces a través de un procedimiento difuso o disperso. En efecto, según Kramer «la práctica del control judicial de constitucionalidad surgió, y de forma temprana –mucho antes que *Marbury v. Madison*, que en su mayoría repetía los argumentos ya desarrollados por otros»<sup>164</sup>. Así pues, la doctrina de la *judicial review* de actos legislativos contrarios a la Constitución –se dice– habría tenido respaldo en una teoría que encontró algún favor entre los hombres en el momento de la revolución norteamericana en el que los tribunales podían ignorar esos actos si eran contrarios a las máximas fundamentales

---

<sup>160</sup> KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, cit., pp. 32 y 33, las tres citas.

<sup>161</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución: Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, del original: *Der Hüter der Verfassung* (1931), Madrid: Tecnos, 1983, p. 27.

<sup>162</sup> RUSSELL SMITH, H.F., *Harrington and his Oceana: A study of a 17<sup>th</sup> century utopia and its influence in America*, London: Cambridge University Press, 1914, p. 175.

<sup>163</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 27.

<sup>164</sup> KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, cit., p. 19.

de la moral o a las leyes de la naturaleza<sup>165</sup>. La facultad de declarar nulos los actos de la legislatura por ser contrarios a la Constitución será luego acogida por Hamilton en el Federalista LXXVIII. Así, se señala «[u]na Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución»<sup>166</sup>. Esta facultad de garantía (o de defensa) de la Constitución a cargo de los jueces estaba tan sobreentendida para los ciudadanos de los Estados Unidos que incluso la Constitución de 1787 no preveía de manera expresa la *judicial review* de las leyes, aunque ello sí se desprendía implícita e inevitablemente de su texto<sup>167</sup>. En efecto, se ha señalado que «[l]os tribunales no habían sido especialmente investidos con el deber de interpretar o hacer cumplir la Constitución, pero tampoco podían ignorarlo. “La función y el diseño del Poder Judicial es administrar justicia según el Derecho aplicable”, y el Derecho aplicable está necesariamente incluido en la Constitución: “la ley suprema” a la cual “debe subordinarse y ser inferior todo otro poder”. Los tribunales se involucraron en la interpretación constitucional y su exigibilidad no porque la Constitución fuera Derecho ordinario dentro de su especial competencia, sino porque los jueces estaban tan obligados como cualquier otra institución o ciudadano a respetar los mandatos constitucionales»<sup>168</sup>. La doctrina de la *judicial review* será consolidada en 1803 por el juez Marshall a través de la sentencia bastante conocida *Marbury v. Madison*. Si bien esta decisión ha sido objeto de una serie de objeciones e incluso de algunos menosprecios bajo el argumento de que repite lo que ya se había dicho con anterioridad o, que hace algo que ya era sobreentendido; sin embargo, no se puede negar el mérito de haber sido la primera decisión de la Corte Suprema que de manera expresa se pronunciaba sobre el control de constitucionalidad de la ley y además de haber

---

<sup>165</sup> THAYER, J. B., «The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, Vol. VII, N° 3, 1893, pp. 129-156, p. 133.

<sup>166</sup> HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J., *El Federalista*, trad. de G. R. Velasco, del original: *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States (1780)*, México D.F.: FCE, 5ta. reimpresión de la 1ra. edición 1943, 1994, p. 332.

<sup>167</sup> MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad*, cit., p. 168.

<sup>168</sup> KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, cit., p. 131.

sido emitida en circunstancias especiales que hace que su importancia y reputación aumente<sup>169</sup>.

En Francia, Sieyès propuso la creación de un órgano paralelo a los tribunales ordinarios que juzgaría las violaciones de la Constitución: el *Jurie Constitutionnaire*. En su opinión, se requería de «un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución»<sup>170</sup>. Si bien esta propuesta fue rechazada porque resultaba impensable para el constitucionalismo revolucionario que los representantes de la soberanía nacional quedasen sometidos al control de un órgano cuya legitimidad no podría ser en ningún caso comparable a la de aquéllos, los revolucionarios identificaban la soberanía nacional con la soberanía parlamentaria<sup>171</sup>; sin embargo, la idea de Sieyès constituye para Europa continental el intento más avanzado de la creación de un defensor de la Constitución. En la Constitución francesa de 1799 la función de proteger la Constitución se encargó al Senado (*Sénat conservateur*) que no llegaría a desempeñar «su papel de tutelar la Constitución, [sino] hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo»<sup>172</sup>. Otras propuestas similares existieron en la Alemania del siglo XIX materializadas en la Constitución de Baviera de 1818 y en la Constitución de Sajonia de 1831. La primera, bajo el epígrafe “*De la defensa de la Constitución*” señalaba que el rey, los servidores del Estado y los ciudadanos prestan a la Constitución; así como reconocía el derecho de los distintos estamentos para formular quejas por infracciones a la Constitución. La segunda, bajo el mismo epígrafe establecía la facultad del Tribunal de Justicia Constitucional de resolver las dudas sobre la interpretación de los preceptos de la Constitución en los casos en que no se llegue a un acuerdo entre el Gobierno y los estamentos<sup>173</sup>. Posteriormente, el tema de la garantía (o defensa) de la Constitución será dejada de lado incluso en la Constitución de Weimar de 1919, pues el artículo 19º sólo se refería al Tribunal del Estado (Tribunal de

---

<sup>169</sup> Ídem, p. 150.

<sup>170</sup> SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, trad. de R. Máiz, Madrid: CEC, 1990, p. 262.

<sup>171</sup> PARDO FALCÓN, J., «Notas sobre la Historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: CEPC, Núm. 72, 1991, pp. 246 y 247.

<sup>172</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 28.

<sup>173</sup> Ídem, pp. 28 y 29.



Justicia constitucional del Reich) encargado de resolver litigios constitucionales producidos en un Land o, los litigios de Derecho público entre varios Länder o, entre el Reich y los Länder que no sean de competencia de otro Tribunal del Reich; no se refería a la posibilidad del control de constitucionalidad material de una ley del Reich por violar la Constitución ni a los litigios constitucionales producidos entre los órganos del Reich (Presidente del Reich, Gobierno del Reich, Reichstag, etc.)<sup>174</sup>.

Será en Austria con la Constitución de 1920 –y bajo el impulso doctrinal de Kelsen– que se creará el primer Tribunal Constitucional (de naturaleza concentrada) encargado de impartir justicia en materia constitucional. El tema de la garantía de la Constitución, concretamente, el establecimiento de un Tribunal Constitucional en el contenido de la Constitución será una cuestión central para el jurista vienés<sup>175</sup>. Recuerda César Landa que esta institución será también incorporada en la Constitución Checa de 1920, la propia Constitución de Austria será perfeccionada en 1929 y, posteriormente, será incorporada en la Constitución española de 1931<sup>176</sup>. Así las cosas, debido a la ausencia de un “defensor” en la Constitución de Weimar, pero sobre todo debido a la influencia de la “solución austriaca” que ya gozaba de gran predicamento<sup>177</sup> se reactivará en Alemania el interés por el problema de la garantía o la defensa de la Constitución. Así, será el Tribunal Supremo del Reich que –mediante sentencia del 4 de noviembre de 1925– extenderá la revisión o el control de constitucionalidad de una ley del Reich a favor de los jueces ordinarios en los casos que contravenga la Constitución<sup>178</sup>, generando así un precedente del control de constitucionalidad no de tipo “concentrado” como el modelo austríaco (que era de esperarse), sino de tipo “difuso” como el modelo americano, pero en cualquier caso, ambos

---

<sup>174</sup> Resalta Bühler, que «[d]esafortunadamente, el artículo 19 no afecta a los litigios de Derecho constitucional que pudieran suscitarse entre los distintos órganos del *Reich*, entre el *Reichstag* y el presidente del *Reich*, o entre este último y el gobierno, ni entre el Gobierno y los grupos nacionales (por ejemplo, sobre la licitud de una aspiración nacional), ni tampoco resuelve la constitucionalidad material de una ley del *Reich*», BÜHLER, O., «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos», trad. de J. Rovira Armengol, en *La Constitución de Weimar: Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid: Tecnos, 2010, pp. 177 y 178.

<sup>175</sup> JESTAEDT, M. (ed.), *Han Kelsen: Autobiografía*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 132. Vid., también METALL, R.A., *Han Kelsen: Vida y obra*, trad. de J. Esquivel, México D.F.: UNAM-IIIJ, 1976, pp. 42 y 54.

<sup>176</sup> LANDA ARROYO, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, cit., p. 51.

<sup>177</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 28 y 29.

<sup>178</sup> POLAKIEWICZ, J., «El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: CEPC, Núm. 81, 1993, pp. 35 y 36.

de naturaleza jurisdiccional, y no de naturaleza política. En este contexto, Schmitt rechazará ambos modelos. En relación al modelo americano señalará que este se ha desarrollado en el seno de un Estado de tipo judicialista sin Derecho administrativo y opuesto a los Estados de Europa, que por tanto, «no puede ser adaptado sin más requisitos a la situación política y socialmente distinta» de un Estado europeo como Alemania<sup>179</sup>. En relación al modelo austriaco –conviene anotar aquí que Schmitt ya había criticado varias de las teorías de Kelsen–, sostendrá que ningún Tribunal de Justicia puede en estricto ser garante de la Constitución y que es un error que por el sólo hecho de negar validez a una ley contraria a la Constitución se le denomine protector de la Constitución<sup>180</sup>. Schmitt profundiza su tesis afirmando que los problemas constitucionales no suelen presentarse como una contradicción manifiesta de la ley con la Constitución, sino que éstos engloban una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión sobre la existencia de esa posible contradicción de la ley con la Constitución y la amplitud de la misma. Sostendrá que dado el caso, lo que existe en última instancia es un elemento de decisión (de pura decisión) que no se deriva expresamente del contenido de la norma<sup>181</sup>.

También rechaza al Parlamento por considerar que se trata de una corporación que encierra una contradicción que niega sus principales premisas, porque en lugar de ser «la escena donde se desarrolle un proceso de transformación mediante el cual la gran variedad de antítesis, intereses y opiniones sociales, económicas, culturales y profesionales se reduzca a la unidad de la voluntad política», se convierte en un lugar de distribución de intereses de cada partido político, sea para atender a los electores, sea para retribuir una colaboración, etc. Como consecuencia de ello, el Parlamento, «o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder, y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso»<sup>182</sup>. En lugar de la jurisdicción o del Parlamento como “protectores” de la Constitución, Schmitt consciente de la situación constitucional de la época (1931) y de

---

<sup>179</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 44.

<sup>180</sup> Ídem, p. 43.

<sup>181</sup> Ídem, pp. 87 y 90.

<sup>182</sup> Ídem, pp. 149 y 152, las dos citas.

lo peligroso de la solución propondrá –bajo la influencia de Constant– que el defensor de la Constitución deber ser un tercero neutral, un tercero no superior, sino coordinado; esto es, que se halle al mismo nivel que los otros órganos del Estado, aunque revestido de especiales atribuciones<sup>183</sup>. La tesis de Constant se basa en que es posible que los poderes del Estado tengan fricciones, por lo que se requiere de una fuerza que los ponga en su lugar, la que no puede residir en ninguno de esos poderes, porque serviría para destruir a los demás; debe estar fuera, y ser neutra, a fin de que pueda intervenir donde sea necesario y pueda preservarse la unidad estatal<sup>184</sup>. Sobre esta base, Schmitt defiende su propuesta precisando que la labor de un tercero neutral «no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentadora, sino fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque no debe competir con los demás poderes realizando una expansión del poder propio y aún en su ejercicio debe ser, por naturaleza normalmente serena y cauta»<sup>185</sup>. Si para Constant ese poder neutro reside en la monarquía constitucional, concretamente, en la persona del Rey, cuyo interés no es en modo alguno «el que uno de los poderes destruya al otro, sino el que todo se apoyen, se comuniquen entre sí, y obren en concierto»<sup>186</sup>, para Schmitt ese poder neutro reside en el Jefe del Estado; esto es, en el Presidente del Reich. Llega a esta conclusión porque según la Constitución de Weimar, el Presidente del Reich es el único que tiene neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos, y porque además, se encuentra provisto del elemento democrático desde que es elegido por el pueblo alemán, y que por tanto, él es el protector y guardián de la Constitución<sup>187</sup>.

Kelsen, por el contrario, señala que Schmitt presenta una tesis poco clara, ya que no niega el título de defensor de la Constitución a la Corte Suprema de Estados Unidos, pese a que este Tribunal en lo sustancial «no hace algo distinto de los tribunales alemanes cuando ejercen su derecho de control, es decir, cuando no aplican, en casos concretos, leyes que consideran inconstitucionales»<sup>188</sup>. Si ello es así, no hay razón alguna para negar al Tribunal

---

<sup>183</sup> Ídem, pp. 23 y 213.

<sup>184</sup> CONSTANT, B., *Curso de Política Constitucional*, trad. de M. A. López (1820), Granada: Comares, 2006, pp. 13 y 14.

<sup>185</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 220.

<sup>186</sup> CONSTANT, B., *Curso de Política Constitucional*, cit., p. 14.

<sup>187</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 249 y 250.

<sup>188</sup> KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 14.

Constitucional el título de defensor de la Constitución si acaso el poder de control de los tribunales ordinarios es sólo *cuantitativo*; es decir, «que en contraposición a estos, aquél anula la validez de las leyes inconstitucionales no sólo en el caso concreto –como hace estos–, sino en todos los casos»<sup>189</sup>. Por otro lado, Kelsen, recuerda que la Constitución, suele repartir el poder, en lo esencial, entre el Parlamento y el Gobierno, este último, compuesto por el Presidente del Reich y los ministros, y es posible que en el ejercicio de sus funciones vayan más allá de los límites que la Constitución le asigna, siendo Parlamento y Gobierno partes de una causa, que no puede ser resuelta por el Presidente del Reich (que según Schmitt parece que no es posible que el Presidente del Reich viole la Constitución), pues nadie puede ser juez de su propia causa, sino que se requiere de «una tercera instancia que esté *fuera de esa oposición* y que bajo ningún aspecto sea *partícipe del ejercicio del poder*»<sup>190</sup>; que esto signifique otorgar determinado poder –al tercero– es inevitable, pero hay una gran diferencia entre confiar a un órgano que no es otro poder, que reforzar el poder de uno de los portadores de ese poder. Por tanto, señala Kelsen que «cuando la Constitución instituye un Tribunal Constitucional, no es una “ficticia judicialidad”, sino una institución real y que si algo hay que puede ser caracterizado de “ficticio” es precisamente aquella “unidad del pueblo” que Carl Schmitt afirma como un “presupuesto” real»<sup>191</sup>. Finalmente, Kelsen sostiene que si la neutralidad garantizada por la independencia es una condición esencial para la función de defensor de la Constitución, el Presidente del Reich no es más independiente y neutral –por lo menos Schmitt no lo demuestra– que la Justicia, pues es inevitable que incluso la elección del Jefe de Estado se encuentre sujeta a la presión de los partidos políticos, por tanto, no es –el Presidente del Reich– el más adecuado para proteger la Constitución. «Ser “defensor de la Constitución” significa, en el sentido originario del término, ser garante de la Constitución»<sup>192</sup> y esa labor únicamente la puede realizar un Tribunal Constitucional.

Por todo, se puede afirmar que en la Europa continental del siglo XX se ensayó sin éxito la defensa política de la Constitución. Se pretendía –se sostiene–, un imposible: «reconocer la

---

<sup>189</sup> Ibidem.

<sup>190</sup> Ídem, p. 54.

<sup>191</sup> Ídem, p. 60.

<sup>192</sup> Ídem, p. 71.

superioridad de la Constitución, pero no aceptar un control externo de tipo judicial»<sup>193</sup>. Sólo después de la Primera Guerra Mundial (algunos países), pero sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial los países aceptaron la defensa jurisdiccional de la Constitución a través del órgano especializado y concentrado (Tribunal Constitucional). La historia dará la razón a Kelsen, que en la Europa continental –y en los sistemas influenciados–, salvo una u otra excepción, la garantía de la Constitución es de carácter jurisdiccional; es decir, que le está confiada a los jueces (Tribunal Constitucional), lo que, ha permitido incluso afirmar que el siglo XX es el siglo de la justicia constitucional<sup>194</sup>. Lo mismo ocurrirá con las demás cartas constitucionales del Siglo XXI, la mayoría de ellas prevén la garantía jurisdiccional de la Constitución. Hasta aquí he presentado a la defensa jurisdiccional de la Constitución como la mejor forma de defender la Constitución; pero, este modo de presentarlo también revela problemas y uno de ellos exige hacer frente a la objeción democrática o el carácter no-democrático que se le atribuye de la justicia constitucional. En lo que sigue, analizaré qué es lo que se entiende por objeción democrática o falta de legitimidad democrática de los jueces constitucionales y si este argumento niega la defensa judicial de la Constitución.

### **3.1. La objeción democrática de la justicia constitucional**

La objeción democrática o el carácter no-democrático de la justicia constitucional sólo tiene lugar en los sistemas jurídicos constitucionales en los que el control jurisdiccional de la constitucionalidad, concretamente, la declaración de invalidez de la ley –sea a través del modelo difuso o del modelo concentrado– le está confiada a un órgano integrado por jueces no elegidos por sufragio universal. Este modo de configurar el control jurisdiccional de la constitucionalidad permite diferenciar entre los sistemas constitucionales que proclaman el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley por jueces *elegidos* por sufragio universal y los sistemas constitucionales que proclaman el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley por jueces *no elegidos* mediante sufragio universal. Un ejemplo de lo primero es el sistema constitucional boliviano que contempla el control jurisdiccional de constitucionalidad la ley por jueces elegidos por sufragio universal<sup>195</sup>; mientras que, lo

---

<sup>193</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “La Constitución entre la voluntad soberana y la razón”, cit., p. 170.

<sup>194</sup> ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de M. Martínez Neira, del original: *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica (2005)*, Madrid: Trotta, 2008, p. 36.

<sup>195</sup> En Bolivia, recientemente se ha producido la primera elección de los jueces constitucionales por sufragio universal (octubre 2011). Esta forma de elección obedece a lo dispuesto en el artículo 198º de la Constitución

segundo, predomina en casi la totalidad de los sistemas constitucionales actuales. Esta es la razón para continuar aquí con el análisis del argumento de la objeción democrática.

El problema de la objeción democrática al control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley era ya motivo de preocupación desde la génesis de la *judicial review* norteamericana. En el Federalista XLIX se expresa que los jueces son pocos y sólo pueden ser conocidos por una pequeña fracción de la población, y además, por la forma en que son nombrados, se hallan demasiado lejos del pueblo que no participa de sus preferencias<sup>196</sup>. En Francia, tras analizar el control jurisdiccional americano y reconocer la ausencia de un sistema distinto se sostendrá que quizá con negar «a los jueces el derecho a declarar inconstitucionales las leyes, [se da] indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, pues no encuentra más barreras legales que lo detengan. Pero más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que así mismos»<sup>197</sup>. La discusión sobre la legitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad también estará presente en la polémica Kelsen-Schmitt sobre el defensor de la Constitución. Para Schmitt, el establecimiento de un Tribunal Constitucional constituido por juristas, se opone diametralmente con el principio democrático, lo que, no ocurre con el Presidente del Reich, pues, éste es elegido por el pueblo alemán entero; legitimidad democrática de la que carece cualquier órgano jurisdiccional<sup>198</sup>. Kelsen, por el contrario, señala que «cuando la Constitución instituye un Tribunal Constitucional, no es una “ficticia judicialidad”, sino una institución real y que si algo hay que puede ser caracterizado de “ficticio” es precisamente aquella “unidad del pueblo” que Carl Schmitt afirma como un “presupuesto” real»<sup>199</sup>. Agrega –y esto es importante– que como cualquier otro órgano no hay obstáculo alguno para construir un Tribunal Constitucional elegido por el pueblo aunque advierte que este modo de

---

de Bolivia de 2009 que señala, las jueces y juezas del Tribunal Constitucional serán elegidos por sufragio universal.

<sup>196</sup> HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J., *El Federalista*, cit., p. 216.

<sup>197</sup> TOCQUEVILLE, A. de., *La democracia en América*, trad. de E. Nolla, del original: *De la démocratie en Amérique* (comparación de ediciones francesas: 1835, 1838, 1840 y 1850), Madrid: Trotta–Liberty Fund, 2010, p. 257.

<sup>198</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 244 y 250.

<sup>199</sup> KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 60.

creación y de su calificación puede resultar inoportuno para realizar la función de protección de la Constitución<sup>200</sup>.

La objeción democrática o dificultad contramayoritaria<sup>201</sup> alude en concreto a la tensión entre las reglas democráticas del consenso de las mayorías y el poder de los jueces no elegidos mediante sufragio universal (Tribunal Constitucional o Suprema Corte) a tener un veto constitucional sobre la ley aprobada democráticamente<sup>202</sup>. En ese sentido, el principal argumento o la dificultad radical de esta tesis expresa que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley es una fuerza contramayoritaria del sistema constitucional, ya que cuando el Tribunal Constitucional o la Suprema Corte declaran inconstitucional una ley o un acto del ejecutivo frustran la voluntad de los representantes del pueblo, pues no ejercen el control jurisdiccional en nombre de la mayoría, sino contra ella. Esta sería la principal razón de la acusación de que el control jurisdiccional de la constitucionalidad es antidemocrático<sup>203</sup>. Aquí es muy pertinente la afirmación de Waluchow en el sentido de que resulta paradójico de que finalmente las decisiones de un poder político importante como es el Poder constituyente (o Parlamento) se alojen en las manos de una pequeña Corte de jueces no responsables –independientemente de cuán ilustrados y sabios sean– quienes tienen que decidir en nombre del pueblo sobre cuestiones generalmente controvertidas<sup>204</sup>. Así planteadas las cosas, se revela que el argumento de la dificultad contramayoritaria pone en cuestión o, mejor aún, denuncia que este modo de configurar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley socava el ideal democrático, pues concede a los jueces «un poder político tan grande que parece ofender los principios en virtud de los cuales, en una democracia, los funcionarios son elegidos y responden ante el pueblo»<sup>205</sup>. Así, se señala que

---

<sup>200</sup> Ídem, pp. 72 y 73.

<sup>201</sup> La expresión “dificultad contramayoritaria” o “*Counter-Majoritarian Difficulty*” que alude a la actuación judicial contra la voluntad mayoritaria, es una construcción lingüística y conceptual estadounidense del siglo XX. Fue utilizada por primera vez por Alexander Bickel en 1962, BICKEL, A.M, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London: Yale University Press, 1986, 2da. edición, pp. 16 y ss.

<sup>202</sup> CLARK, T.S., *The limits of judicial independence*, New York: Cambridge Press, 2011, p. 159.

<sup>203</sup> BICKEL, A.M, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 16 y 17.

<sup>204</sup> WALUCHOW, W.J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo*, trad. de P. de Lora, del original: *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree (2007)*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 49.

<sup>205</sup> DWORKIN, R., “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales”, trad. de A. Stolarz, del original: *Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court (1990)*, en CARBONELL,

«[c]ómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos»<sup>206</sup>. Dicho en otras palabras, la cuestión puede quedar resumida bajo la siguiente interrogante: ¿Cómo o por qué el juez constitucional que no ha sido elegido por sufragio universal, sino más bien nombrado, puede declarar inconstitucional una ley aprobada por el legislador que si ha sido elegido por sufragio universal?.

Al respecto, desde un sector, se ha afirmado que la tesis de la objeción democrática se trata de una objeción bien planteada, pues no es posible negar la relación entre el principio democrático y la aprobación de las leyes por el legislador elegido por elección popular, bajo la regla de la mayoría<sup>207</sup>. Sin embargo, también existen otras posiciones que la niegan o minimizan bajo el argumento de que si el juez acierta al declarar la inconstitucionalidad de la ley, la decisión no es antidemocrática; sino todo lo contrario, mejora la democracia<sup>208</sup>; de este modo, el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley sería más bien necesaria para la democracia. Pero, si el juez constitucional se equivoca al declarar la invalidez de la ley que supuestamente vulnera la Constitución, naturalmente perjudica la democracia; pero no lo hace más que cuando el legislador toma una decisión equivocada; la posibilidad de error es simétrica. Sobre esta base, este modo de ver las cosas concluye que la premisa de la voluntad mayoritaria sobre la que descansa la dificultad contramayoritaria es una premisa “confusa”, y por tanto, debe ser abandonada<sup>209</sup>. Frente a esta postura existe otra que presenta al control jurisdiccional de la constitucionalidad como algo inherentemente contrario al principio democrático. Para esta tesis, la objeción también debe estar basada en derechos:

---

M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: IJ (UNAM)–Trotta, 2010, p. 118.

<sup>206</sup> CARRÍO, G.R., «Una defensa condicionada de la judicial review: (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)», en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid: CEC, 1991, p. 148.

<sup>207</sup> FERRERES COMELLA, V., “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: IJ (UNAM)–Trotta, 2010, p. 358.

<sup>208</sup> DWORKIN, R., *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 32.

<sup>209</sup> Ídem, pp. 32 y 33.



unos que son constitutivos del proceso democrático (derechos de participación) y otros que son condiciones necesarias para su legitimidad (libertad de expresión y de asociación)<sup>210</sup>. En ese sentido, se señala, de *un lado*, que «no puede haber democracia a menos que se erija el derecho de participación y a menos que las complejas reglas del proceso político de representación estén regidas fundamentalmente por este derecho. Si algunos quedan excluidos del proceso, o si el proceso mismo es desigualitario o inadecuado, entonces tanto los derechos como la democracia se ven comprometidos»<sup>211</sup>, y de *otro lado*, que no se puede estar autorizado a imponer una decisión a los demás (el pueblo), simplemente porque haya más individuos a favor de una decisión que en contra sino que «[l]a democracia y la decisión mayoritaria sólo tienen sentido normalmente bajo ciertas condiciones. Las más obvias son la libertad de expresión y la libertad de asociación, derechos que establecen un contexto deliberativo más amplio en la sociedad civil para la toma formal de decisiones políticas»<sup>212</sup>.

De otro lado, la dificultad contramayoritaria no se identifica con la rigidez constitucional de la garantía jurisdiccional de la Constitución ni con la controvertibilidad interpretativa de los preceptos de la Constitución. Estos caracteres pueden reforzar la existencia del argumento contramayoritario, pero en sí mismos no constituyen sus fundamentos principales. En el *primer caso*, la objeción democrática no niega la defensa jurisdiccional de la Constitución, lo que cuestiona u objeta es la falta de legitimidad democrática de origen de los jueces constitucionales. Además, el hecho de que la facultad de los jueces constitucionales de declarar la invalidez de la ley sea, por lo general, susceptible de ser reformado a través de un procedimiento especial, ello no supone que no pueda ser modificada. En el *segundo caso*, la presencia de jueces elegidos por elección popular no desaparece menos reduce la controvertibilidad interpretativa de los preceptos de la Constitución. Es obvio que la dificultad de la elección de las opciones interpretativas subsiste incluso con la presencia de jueces electos mediante sufragio universal. Y es que, lo relevante aquí no es la existencia de una controvertibilidad interpretativa sino la opción interpretativa que el juez no electo por

---

<sup>210</sup> WALDRON, J., *Derechos y desacuerdos*, trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, del original: *Law and Disagreement* (1999), Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 338.

<sup>211</sup> Ídem, pp. 338 y 339.

<sup>212</sup> Ibidem.

sufragio universal elige para declarar la invalidez de la ley, con lo cual, volvemos al punto inicial: la legitimidad democrática del juez constitucional<sup>213</sup>.

Con todo, conviene precisar que no porque los jueces constitucionales no sean elegidos por elección popular se debe considerar al control jurisdiccional de la constitucionalidad como necesariamente antidemocrática, pues una lectura atenta al argumento de la objeción contramayoritaria –y esto es relevante– permite concluir que, en realidad, el argumento de la tesis de la objeción democrática presta atención sólo a una parte del control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley; esto es, sólo a la parte en la que el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley y deja de lado, absolutamente, la otra parte, esto es, aquella en la que los jueces confirman la constitucionalidad de la ley. De otro lado, también se ha dicho que el argumento de la dificultad contramayoritaria deja de lado los casos de conflictos entre derechos o principios constitucionales, pues en estos el juez constitucional no decide “contramayoritariamente” sino que trata de determinar cuál de ellos prevalece en el caso concreto<sup>214</sup>. En cualquier caso, resulta obvio que en los sistemas constitucionales en los que la elección de los jueces constitucionales se produce mediante sufragio universal carece de sentido hablar de falta de legitimación democrática. El problema se presenta sólo en los Estados constitucionales en los que la elección de los jueces no se produce por elección popular. Ahora bien, que el tema del control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley sea problemática no supone que no sea posible de justificar su uso. La clave para desvirtuar el argumento de la objeción contramayoritaria consiste en modular la concepción tradicional de la democracia que *implícitamente* está presente en la lógica del Estado constitucional. Sobre esta base, merece formular las siguientes interrogantes: ¿cuál es el sentido de democracia que se presupone en la fórmula del Estado constitucional?. De otro

---

<sup>213</sup> En sentido contrario, Ferreres Comella sostiene que, además, de la legitimidad democrática del juez constitucional, la dificultad contramayoritaria se sustentan en: *la rigidez de la Constitución*, porque la facultad de evaluar la constitucionalidad de la ley –concretamente, la decisión de declarar la invalidez de la ley– por el juez constitucional sólo puede ser neutralizada a través de una reforma de la Constitución, por lo general, mediante un procedimiento gravoso; y, *la controvertibilidad interpretativa de la Constitución*, porque la interpretación de los enunciados constitucionales, en especial, los que se refieren a derechos fundamentales, es controvertida, debido a la considerable presencia de conceptos esencialmente controvertidos y colisiones entre las diversas disposiciones, FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: CEPC, 1997, pp. 42 y 43.

<sup>214</sup> MORESO, J.J., “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, Bahía Blanca (Buenos Aires): Universidad Nacional del Sur, N° 1, 2000, pp. 103 y 104.

lado, según esa concepción implícita de democracia, ¿qué tipo de representación tienen los jueces constitucionales?. Tales cuestiones serán analizadas y respondidas en lo que sigue.

### **3.2. La compatibilidad del carácter “no representativo” del juez constitucional**

La incorporación de la jurisdicción constitucional en el marco del Estado constitucional – como dije– provoca una tensión entre las reglas democráticas del consenso de las mayorías y el poder de los jueces constitucionales no elegidos por sufragio universal de vetar una ley aprobada democráticamente. El elemento clave para neutralizar la tensión está en modular el concepto clásico o tradicional de la democracia entendida como la regla de la mayoría. Así, lo que subyace de esta idea es que el actual Estado constitucional presupone una forma de entender la democracia distinta de la concepción tradicional; una forma de entender la democracia que asume que la regla de la mayoría no es incompatible con la presencia de jueces constitucionales no elegidos mediante sufragio universal. Si no fuera así, es decir, si no se admite tal modulación lo que ocurre en seguida es que la concepción tradicional de la democracia resulta inútil para dar cuenta adecuadamente el concepto de la democracia en el marco del Estado constitucional. En cambio, un Estado constitucional en el que para decidir sobre los contenidos de la Constitución se admite la presencia de jueces no electos por sufragio universal; en verdad, presupone un concepto de democracia donde el Derecho –que es el mecanismo de manifestación del pueblo o la democracia–, se forma no sólo por la decisión de las mayorías residentes en el Parlamento que es el órgano de “representación popular” por excelencia, sino que también se forma a través de las decisiones de otros órganos constitucionales previstos en la propia Constitución (Tribunal Constitucional o Corte Suprema), con la diferencia de que los miembros de éstos no son elegidos por sufragio universal, sino que son elegidos o designados por otros órganos constitucionales –que pueden o no provenir de elección popular (Legislativo, Ejecutivo, etc.)–, bajo los procedimientos también establecidos en la propia Constitución<sup>215</sup>. Así, parece confirmarse que en el marco del Estado constitucional una parte de la creación del Derecho (sino la más importante) se desplaza a la creación a través de las decisiones judiciales. Con todo esto, me

---

<sup>215</sup> Un estudio detallado sobre la selección de los jueces constitucionales del Tribunal Constitucional o Corte Suprema en, LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 252 y ss.

adelanto un poco para defender la actitud creadora del Derecho por parte de los jueces constitucionales, pero eso sí, de manera limitada.

De este modo, el concepto de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta no sólo por medio de los representantes directamente elegidos como entiende la concepción tradicional de la democracia, sino también a través de otros órganos constitucionales no elegidos por sufragio universal. Más concretamente, que en el marco de un Estado constitucional el Derecho en su totalidad no sólo es producido «por el propio pueblo, ni por los representantes del pueblo»<sup>216</sup>, sino que también es producido en parte a través de otros órgano constitucionales de carácter “no representativo” como son los tribunales constitucional o las cortes supremas<sup>217</sup>. Con esto, «lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y antimayoritaria, la justicia constitucional aparece como un instrumento fundamental para proteger los principios mayoritario y democrático»<sup>218</sup>. En definitiva, es esta la concepción de la democracia compatible con la presencia de los jueces constitucionales en un Estado constitucional. Esta manera de ver las cosas, es congruente con una concepción concreta y realista de la democracia actual y no con una concepción abstracta y especulativa de la misma, pues se señala que «aunque en una organización estatal democrática, el Estado pueda abarcar, al menos jurídicamente –puesto que de hecho las cosas suceden de distinta manera– la mayor parte de la sociedad, ésta no se confunde nunca realmente de forma total con el Estado»<sup>219</sup>. Con esto quiero decir, que pese a que en los actuales sistemas constitucionales está vigente el sufragio universal existen muchos individuos que aunque forman parte de la unidad social no participan en decisiones políticas de un Estado; así se entiende entonces que el ideal democrático de la voluntad de la mayoría ha dejado de ser concepción absoluta y omnipotente. En ese sentido, si como ha quedado establecido que en el marco del Estado constitucional se confía parte del gobierno a los órganos de carácter “no representativo” como los jueces constitucionales. ¿De qué forma

---

<sup>216</sup> TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, del original: *Pour une théorie juridique de l'État* (1994), Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III)–Dykinson, 2001, p. 320.

<sup>217</sup> En sentido contrario, parece entender Pérez Royo cuando señala que, los jueces constitucionales carecen del elemento “representativo”, o, al menos, no lo tienen «de manera tan inmediata y directa», con lo que implícitamente asume que sí tendrían representación “indirecta”, PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 15.

<sup>218</sup> CAPPELLETTI, M., “¿Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de P. de Luis Durán, Madrid: CEPC, Año 6, N° 17, 1986, p. 41.

<sup>219</sup> MOSCA, G., *Derecho constitucional*, cit., p. 52.

de gobierno estamos hablando?, o, mejor aún, ¿Cuál es la caracterización del juez constitucional en la lógica del Estado constitucional?. En lo que sigue se dará cuenta de una caracterización especial del juez constitucional.

### **3.3. La caracterización del juez constitucional: ¿un juez aristocrático?.**

Los tribunales constitucionales (modelo concretado) o las cortes supremas (modelo difuso) están compuestos, por lo general, por un número reducido de miembros. Este modo de organización y composición permite afirmar que los jueces constitucionales en el marco del Estado constitucional se constituyen en una autoridad “aristocrática”. Pero, ¿qué significa que los jueces constitucionales se constituyan en una autoridad aristocrática?. En la teoría clásica de las formas de gobierno y según el número de personas que participan en él, se distinguen la *monarquía* o gobierno de uno solo, la *aristocracia*, gobierno de algunos, y la *democracia*, gobierno de todos o del pueblo. Y concretamente, se denomina aristocracia al gobierno de unos pocos, pero más de uno, sea porque gobiernan los mejores (*áristoi*) o porque se propone lo mejor (*áriston*) para la ciudad y los que pertenecen a ella<sup>220</sup>. La desviación de la aristocracia sería la oligarquía que busca el interés de unos pocos (los ricos), pero no el interés de la comunidad<sup>221</sup>. De modo similar y de modo descriptivo se señala que la democracia es una de las tres posibles formas de gobierno en la que «las diversas formas de gobierno son clasificadas con base en el diverso número de gobernantes; en particular, es la forma de gobierno en la que el poder es ejercido por todo el pueblo, o por el mayor número, o por muchos, y en cuanto tal se distingue de la monarquía y de la aristocracia en las que el poder es ejercido, respectivamente, por uno o por pocos»<sup>222</sup>. Llegado hasta aquí, y teniendo en cuenta –como ya dije– de que en la fórmula del Estado constitucional se confía parte del gobierno a los jueces constitucionales parece que cuando se destaca el carácter aristocrático de éstos, en realidad, se está queriendo decir que se trata de un gobierno ejercido por pocos y que ese poder participa o forma parte del gobierno de todos. Sobre esto último, ha quedado sentado que los jueces constitucionales también participan del gobierno del pueblo.

---

<sup>220</sup> ARISTOTELES., *Política*, cit., Libro III 7-1279a, p. 80.

<sup>221</sup> Ídem, Libro III 7-1279b, p. 81.

<sup>222</sup> BOBBIO, N., *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*, trad. de J.F. Fernández Santillán, del original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica* (1985), México D.F.: FCE, 2da. reimpresión a la 1ra. edición 1989, 1992, p. 191.

Que la participación del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema en el gobierno tiene un elemento aristocrático (gobierno de pocos), qué duda cabe, es un elemento fáctico difícil de desvirtuar, pues estos órganos, por lo general, están compuestos por un número mínimo de integrantes. Una frase muy conocida refiriéndose al sistema constitucional americano, permite corroborar lo dicho: «[l]a aristocracia americana está en el banco de los abogados y en la silla de los jueces»<sup>223</sup>. A la misma conclusión se llega cuando se señala que los actuales Estados constitucionales incluyen «un elemento aristocrático: un tribunal de unos pocos no elegidos por el pueblo y cuya función es confirmar o enmendar las decisiones de los representantes y legisladores democráticamente elegidos en aquellas cuestiones vinculadas con las reglas y principios básicos de la Constitución»<sup>224</sup>. O también cuando se afirma que «el gobierno de los jueces sería una variedad del gobierno aristocrático»<sup>225</sup>. Si la participación en el gobierno de los jueces constitucionales se caracteriza por contener un elemento aristocrático ¿Cuál es la diferencia de la participación de los jueces con la participación en el gobierno del Ejecutivo y del Legislativo que también es un gobierno de pocos?. Sobre el Parlamento, y también vale para el Ejecutivo, se señala que: «O bien se considera que los parlamentos electos son democráticos y se debe llamar a estos sistemas “regímenes mixtos” puesto que el poder es ejercido conjuntamente con una autoridad democrática. O bien se considera que los parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas»<sup>226</sup>. No hay duda de que el Ejecutivo y el Legislativo también están compuestos por un número reducido de miembros, pero la diferencia radica –y esto es lo relevante–, en que éstos, por lo general, son elegidos por sufragio universal. Es decir, son órganos de pocos pero tienen carácter “representativo”. Por tanto, no se puede concluir que la participación en el gobierno del Ejecutivo y el Parlamento tiene elementos aristocráticos. En ese sentido, se puede afirmar que en el marco del Estado constitucional el gobierno del

---

<sup>223</sup> TOCQUEVILLE, A. de., *La democracia en América*, cit., p. 476.

<sup>224</sup> GARZÓN VALDÉS, E., “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, en MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *La función judicial: Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa, 2003, p. 133.

<sup>225</sup> TROPER, M., «Del gobierno de jueces al gobierno por los jueces», trad. de B. Bolaños, en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Jueces y Derecho: Problemas contemporáneos*, México D.F.: IIJ (UNAM)–Porrúa, 2004, p. 193.

<sup>226</sup> TROPER, M., «El poder judicial y la democracia», en MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *La función judicial: Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa, 2003, p. 231.

pueblo supone la participación tanto de los órganos democráticos (el Ejecutivo y el Parlamento) como de los órganos aristocráticos (Tribunal Constitucional o Poder Judicial).

Pero además, desde otra perspectiva, la participación de los jueces constitucionales en el gobierno puede incluso ser considerada de *autocrática*. Según esta teoría que se presenta como crítica a la teoría política “clásica”, la clasificación de las formas de gobierno basada en el número de individuos en quienes reside el poder así como la tricotomía de la clasificación, resulta muy superficial; por lo que, es preciso que la clasificación deba consistir en la forma de creación del orden jurídico<sup>227</sup>. Así se señala que «[s]i el criterio clasificador consiste en la forma en que, de acuerdo a la Constitución, el orden jurídico es creado, entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de [gobiernos]: democracia y autocracia. Esta distinción se basa en la idea de la libertad política»<sup>228</sup>. La idea de “libertad política” se explica con la distinción entre autonomía y heteronomía. «[s]on democráticas las formas de gobierno en las que las leyes son hechas por aquellos a quienes se dirigen (y precisamente son normas autónomas), son autocráticas las formas de gobierno en las cuales quienes hacen las leyes son diferentes de aquellos a los que están destinadas (y son precisamente normas heterónomas)»<sup>229</sup>. En ese sentido, dado que la representación del Tribunal Constitucional o la Corte Suprema en el gobierno es uno de carácter “no representativo” los encargados de la producción de las normas individuales son diferentes de aquellos a los que están dirigidas; esto es, el pueblo (su principal destinatario) se encuentra excluido en la creación de las normas individuales del ordenamiento. Si esto es así, la participación de los jueces constitucionales en el gobierno constituye un supuesto de autocracia. Por último, merece la pena advertir que la clasificación democracia-autocracia es una clasificación que representan tipos ideales de formas de gobierno porque «[e]n la realidad política no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno o a otro de estos tipos ideales. Cada Estado representa una mezcla de elementos de ambos, de tal manera que algunas comunidades se acercan más al primero de estos polos y otras al segundo»<sup>230</sup>. Sobre esta base, se puede concluir que la fórmula del Estado constitucional supone la mezcla no sólo de un gobierno “democrático-aristocrático”, sino también “democrático-autocrático”.

---

<sup>227</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 336 y 337.

<sup>228</sup> Ídem, p. 337.

<sup>229</sup> Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad*, cit., p. 194.

<sup>230</sup> Kelsen, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 337.

Ahora bien, habiendo delimitado qué es lo que se entiende hoy por Constitución, así como analizado el papel y la caracterización del juez constitucional en el Estado constitucional de nuestros días en donde aquel parece ostentar un importante poder para adoptar decisiones interpretativas sobre el contenido de las disposiciones de la Constitución corresponde ahora realizar algunas reflexiones sobre la interpretación de la Constitución, ya que la teoría de la interpretación de la Constitución se puede ofrecer algunas herramientas para orientar el proceso de adopción de las decisiones interpretativas de este órgano que ha sido definido como aristocrático y autocrático. Para ello, se requiere un análisis previo de los distintos aspectos de la interpretación jurídica en general y de la interpretación de la Constitución. En lo que sigue me ocuparé de estas categorías.

## **SECCIÓN SEGUNDA: Interpretación jurídica e interpretación de la Constitución**

Se suele afirmar que el concepto de Constitución (lo que se entiende por Constitución) condiciona a la interpretación de la misma, y no al revés; es decir, la interpretación no condiciona lo que deba entenderse por Constitución; todo lo contrario, es la Constitución la que condiciona a la interpretación. En efecto, se ha expresado que «la configuración del objeto llamado “Constitución” sirve principalmente para determinar qué deba entenderse por interpretación de la Constitución, y no al revés»<sup>231</sup>. Ahora bien, habiendo ya analizado el concepto de Constitución en el marco del Estado constitucional la que se caracteriza por ser una Constitución predominantemente escrita y normativa y que tiene la condición de norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, en esta sección segunda me ocuparé de analizar sobre los diversos aspectos que engloban al fenómeno interpretativo en general y a la interpretación de la Constitución en particular.

En ese sentido, explicaré brevemente los diversos aspectos que están relacionados con el concepto de interpretación, es decir, qué se entiende por interpretación; con el objeto de interpretación, es decir, qué es lo que se interpreta, se interpretan sólo los signos lingüísticos o cualquier fenómeno cultural; con el contenido de la interpretación, es decir, qué comprende la interpretación, comprende sólo el proceso mental de atribución de significado o comprende también el resultado de la actividad interpretativa, en qué consiste la interpretación, consiste sólo en descubrir significados o también en crear significados o, las

---

<sup>231</sup> COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho*, cit., p. 116.



dos cosas a la vez, y finalmente, cuándo se interpreta, se interpreta sólo en los supuestos de duda o también en los supuestos claros. El análisis de todas estas categorías es relevante porque constituyen las bases fundadoras de las diversas posturas teóricas que intentan explicar o describir la interpretación del Derecho en general y la interpretación de la Constitución en particular. Asimismo, trataré de analizar los demás aspectos que rodean a la interpretación de la Constitución como el objeto de la interpretación de la Constitución, es decir, qué es lo que se interpreta, se interpreta el texto o la voluntad de los padres constituyentes; asimismo analizaré sobre la dimensión ética sustantiva de la Constitución, y finalmente, sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución respecto de los demás textos jurídicos.

### **1. El término “interpretación”, interpretación jurídica y nociones básicas**

El concepto de la expresión “interpretación” –se dice– es *impreciso*, lo que ocasiona la falta de uniformidad en el uso del término y la existencia de desacuerdos en su aplicabilidad<sup>232</sup>. Este hecho, es decir, el distinto sentido asignado al término “interpretación” caracteriza parcialmente (como detallaré) las diferentes teorías de la interpretación jurídica en general y de la interpretación de la Constitución en particular. Sin embargo, existe una definición bien extendida que entiende que la interpretación supone la *atribución* de significado a un objeto<sup>233</sup>. Aquí utilizo el término *atribución* como un concepto neutral que comprende la posibilidad tanto de descubrir como de crear un significado o, de ambos a la vez. Pero, la adopción de esta definición exige responder cuando menos cuatro problemas: ¿cuál es el objeto de la interpretación?, ¿cuál es el contenido de la interpretación?, ¿en qué consiste la interpretación?, y finalmente ¿cuándo tiene lugar la interpretación?.

En líneas generales el *objeto de la interpretación* designa a «la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural»<sup>234</sup>, esto es, a todos los objetos capaces de poseer un sentido, los que por lo común tienen una intervención del hombre: una acción, una práctica social, una disposición jurídica, un hecho histórico, una obra de arte, etc. Aunque existe corriente

---

<sup>232</sup> MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. de M. Mendoza Hurtado, del original: *Interpretation and Legal Theory* (1992), Barcelona: Gedisa, 2001, p. 27.

<sup>233</sup> Ídem, p. 28.

<sup>234</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Madrid: Civitas, reimpresión a 1ra. edición 1985, 1988, p. 21.

filosófica que entiende que la interpretación se refiere no sólo a los fenómenos culturales, sino también a los fenómenos naturales, de modo que todo tipo de conocimiento constituye una interpretación. Es el sujeto intérprete –se dice– quien «mediante sus propias categorías conceptuales, sus propios instrumentos de investigación, sus propias hipótesis, es decir, sus propias “gafas” epistemológicas, atribuye sentido a los objetos que observa»<sup>235</sup>. No obstante, en términos específicos la interpretación parece referirse a la «comprensión de cualquier signo lingüístico»<sup>236</sup>, esto es, a la atribución de significado a entidades o signos lingüísticos (verbales o escritos)<sup>237</sup>. Esta interpretación lingüística (*semántica*) en el ámbito del Derecho –la interpretación jurídica es un tipo de interpretación lingüística– supone básicamente la atribución de significado (o significados) a disposiciones, textos, preceptos o enunciados normativos (constituciones, leyes, reglamentos, etc.) o a fragmentos de éstos; es decir, qué significado tienen tales expresiones lingüísticas. Esto tiene directa relación con la distinción entre disposición y norma. A través de la interpretación se atribuye un significado (norma) a la disposición. Esta cuestión será analizada a detalle más adelante.

Por lo que se refiere al *contenido de la interpretación*, el término “interpretación” puede ser utilizado bien para referirse a una actividad (interpretación–actividad), o bien para referirse a un producto (interpretación–producto). La *interpretación–actividad* es el proceso mental (actividad) de atribución de significado a un objeto lingüístico (enunciado jurídico)<sup>238</sup>. La *interpretación–producto* es el resultado de esa actividad interpretativa. Es el significado atribuido al objeto interpretado<sup>239</sup>. Por lo general, este resultado además de ser conocido es incorporado en un documento, lo que genera la “documentación del proceso mental”<sup>240</sup>. En lo que sigue, utilizaré el término “interpretación” para referirme a los dos aspectos; es decir, se entenderá que uso la interpretación–actividad cuando me refiera al proceso mental de atribución de significado, así como que uso la interpretación–producto cuando me refiera al resultado de la actividad interpretativa de los enunciados jurídicos.

---

<sup>235</sup> COMANDUCCI, P., “La interpretación jurídica”, en FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G.B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 52.

<sup>236</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 21.

<sup>237</sup> COMANDUCCI, P., “La interpretación jurídica”, cit., p. 52.

<sup>238</sup> TARELLO, G., *L’interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, p. 39.

<sup>239</sup> GUASTINI, R., *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 96.

<sup>240</sup> TARELLO, G., *L’interpretazione della legge*, cit., p. 39.

Sobre la pregunta *¿en qué consiste la interpretación?*, la cuestión básicamente pasa por definir si “interpretar” es *descubrir* el significado de un objeto lingüístico o es *crear* el significado del mismo o, si en definitiva, supone la concurrencia de ambas opciones. En líneas generales, la primera de las opciones que descansa en una actividad cognoscitiva de la interpretación entiende que es posible descubrir o conocer el significado de un objeto lingüístico. Aquí, la interpretación es una función del conocimiento. En tanto que la segunda de las opciones que descansa en una actividad volitiva de la interpretación entiende que interpretar es crear (elegir o inventar) el significado de un signo lingüístico. Aquí, la interpretación es una función de la voluntad<sup>241</sup>. Dicho en otras palabras: quien sostiene que interpretar es descubrir el significado presupone que el significado objetivo existe y entonces puede describirlo, mientras que, quien sostiene que el significado objetivo no existe, no puede entonces describir ningún significado, sino sólo crearlo<sup>242</sup>. No obstante, existen también otras posturas que sostienen que “interpretar” es a la vez descubrir varios significados y crear –con la elección de uno de ellos– el significado de un signo lingüístico. Aquí, la interpretación es una función del conocimiento y de la voluntad a la vez<sup>243</sup>. Todas estas cuestiones también serán analizadas con mayor detalle más adelante.

Por último, en cuanto a la posibilidad de saber *¿cuándo tiene lugar la interpretación?* la cuestión pasa por responder si la interpretación sólo es necesaria en los supuestos de duda u oscuridad del objeto lingüístico o, por el contrario, si la interpretación también es necesaria incluso en los supuestos de claridad del objeto lingüístico: quien adopta la primera opción defiende un concepto restringido o estricto de la interpretación, mientras que, quien elige la segunda opción defiende un concepto amplio o extensivo de la interpretación. Esta cuestión también será analizada a detalle más adelante.

## **2. Aspectos preliminares de la interpretación de la Constitución**

En el marco del Estado constitucional actual la Constitución constituye el principal objeto de la interpretación jurídica (o del Derecho), ello debido a su condición de norma jurídica

---

<sup>241</sup> TROPER, M., *Ensayos de Teoría Constitucional*, trad. de B. Bolaños, del original: *Essais de théorie constitutionnelle*, México D.F.: Fontamara, 1ra. reimpresión a la 1ra. edición 2004, 2008, p. 37.

<sup>242</sup> Ídem, p. 38.

<sup>243</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354. Vid. también CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 408 y ss.

suprema y fuente principal del Derecho del Estado. Por supuesto, esto no implica que la ley desaparezca o, que no sea (más) objeto de interpretación, para lo que aquí interesa sólo hay que decir que la ley es reemplazada por la Constitución en su condición de fuente principal del ordenamiento jurídico. En todo lo demás, la ley sigue cumpliendo un rol importante, sigue siendo objeto de interpretación, aunque eso sí ahora condicionada por los contenidos de la Constitución. Pues bien, la actividad interpretativa de la Constitución exige considerar previamente algunos aspectos que guardan relación con la delimitación entre el objeto de la interpretación y el significado del mismo, así como con la posibilidad de saber cuándo tiene lugar la interpretación de la Constitución.

## **2.1. Disposición vs. Norma**

La tradición jurídica suele identificar “texto” con “norma”. Así, cuando se habla de la interpretación de la Constitución comúnmente se dice que lo que se interpreta es la “norma” o las “normas constitucionales” para hacer referencia al texto constitucional. Sin embargo, en la teoría del Derecho de las últimas décadas del siglo XX existe una tesis difundida que distingue el “texto” de la “norma”<sup>244</sup>. El objetivo de esta línea de pensamiento es sustituir la única e indistinta noción de “norma” característica de la doctrina tradicional por dos nociones más precisas. Por un lado, la noción de “enunciado normativo” entendido como la expresión lingüística completa e idónea para ser interpretada en sentido normativo. Por otro, la noción de norma entendida como el “contenido significativo” que, según una determinada interpretación es atribuible a un enunciado<sup>245</sup>. Con esta base, aunque de manera más específica se prefiere diferenciar entre disposición y norma. Según este modo de ver, la “disposición” es el texto o el enunciado del lenguaje sujeto a interpretación y todavía por interpretar, y la “norma” es el resultado de la actividad interpretativa; es la disposición ya interpretada<sup>246</sup>. Dicho de otro modo, la “disposición” es la expresión lingüística o gramatical del Derecho (el texto normativo) y la “norma” es el significado de la disposición (el significado del texto normativo).

---

<sup>244</sup> Un análisis completo de la distinción entre “texto” y “norma” puede encontrarse en POZZOLO, S. y ESCUDERO, R. (eds.), *Disposición vs. Norma*, trad. de M. Fernández Pérez y A Puppo, Lima: Palestra, 2011.

<sup>245</sup> TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: 1974.

<sup>246</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 11.

Desde esta perspectiva, la interpretación es entendida como la «identificación de la norma o de las normas expresadas o que están implícitas en una disposición (un enunciado normativo), o en un fragmento de disposición, o en una combinación de disposiciones, o en una combinación de fragmentos de disposiciones»<sup>247</sup>. El resultado de la interpretación se expresa mediante “enunciados interpretativos”; es decir, los “enunciados interpretativos” son los enunciados que contienen (o incorporan) el significado atribuido a un texto constitucional. La fórmula estándar de los “enunciados interpretativos” es “**T**” significa **S**. Aquí merece explicar dos aspectos: *Primero*, la variable “**T**” es el texto constitucional y la variable **S** es el significado (atribuido al texto constitucional), y *segundo*, la variable “**T**” permanece (o se expresa) entre comillas porque el enunciado interpretativo sólo lo menciona (no lo utiliza); se trata por tanto de una cita *textual* del texto constitucional<sup>248</sup>. De este modo, todo “enunciado interpretativo” (“**T**” significa **S**) es un enunciado *metalingüístico* que incorpora dos enunciados del lenguaje objeto: el enunciado interpretado (el texto “**T**”) y el enunciado interpretante (el significado **S**)<sup>249</sup>.

De otro lado, es común leer que no existe –ni puede existir– una correspondencia biunívoca (recíproca) entre “disposición” y “norma”; esto es, que no porque exista una o dos (o más) disposiciones necesariamente tiene que haber una o dos (o más) normas, respectivamente. O en sentido inverso, no porque exista una o dos (o más) normas necesariamente tiene que haber una o dos (o más) disposiciones, respectivamente. Una disposición puede expresar una o varias normas y una norma puede ser expresada por una o varias disposiciones. La falta de correspondencia biunívoca obedecería a diversos motivos, los principales son los siguientes: «i. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan alternativamente dos (o más) normas. ii. Muchos enunciados normativos (tal vez todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican conjuntamente una pluralidad de normas», y además porque, iii. «[T]odo sistema jurídico está repleto de normas “no expresadas”, normas a las cuales no corresponde algún enunciado normativo, puesto que no han sido formuladas por alguna autoridad normativa (muchos “principios generales del

---

<sup>247</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de D. Moreno Cruz, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 123.

<sup>248</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 11.

<sup>249</sup> GUASTINI, R., “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, trad. de J.J. Moreso, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM–Fontamara, Núm. 29, 2008, p. 16.

Derecho” pertenecen a esta categoría»<sup>250</sup>. No obstante, conviene precisar que esta afirmación podría ser de recibo por la teoría escéptica de interpretación y sus diversas expresiones, incluso también en algunos casos por la teoría intermedia, pero no por la teoría cognitiva que (como detallaré) entiende que toda disposición constitucional tiene un único significado objeto y verdadero (o correcto).

Entonces, lo que se interpreta es el “texto” o la “disposición” constitucional, y no la “norma constitucional”. En ese sentido, la interpretación de la Constitución consiste en la atribución de significado a una o dos (o más) disposiciones constitucionales mediante la obtención de una o más normas de esa (o esas) disposiciones constitucionales. Dicho de otro modo, la atribución de significado a una disposición de la Constitución consiste en «*traducir disposiciones* (enunciados del discurso de las fuentes) a normas explícitas (en otros enunciados del discurso de los intérpretes)»<sup>251</sup>. Esto es lo que se conoce como la “traducción lingüística”. Puede parecer extraño no atribuir el título de “norma” a aquello que dicta la autoridad constituyente que quedaría reducido a “simples” disposiciones constitucionales, reservando el noble título de “norma” a las “meras” interpretaciones del juez constitucional. Pero, si se analiza de manera detenida se concluirá que, en realidad, lo que determina la solución a una controversia constitucional depende de cuáles sean los significados, y en definitiva, de cuál sea el significado (norma) atribuido por el juez a un determinado texto o enunciado normativo (disposición)<sup>252</sup>. En efecto, puede haber más de un significado (norma) como producto de la actividad interpretativa, pero en principio sólo uno de ellos es el elegido para la solución del caso.

## **2.2. El concepto restringido/amplio de interpretación de la Constitución**

El concepto restringido o amplio de interpretación tiene que ver con la posibilidad de saber cuándo tiene lugar la interpretación de la Constitución. Según un concepto *restringido o estricto*, la interpretación de la Constitución sólo es necesaria en los supuestos de oscuridad o duda de la expresión lingüística (texto o disposición constitucional)<sup>253</sup>. En otras palabras,

---

<sup>250</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 84. Las dos citas.

<sup>251</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 57.

<sup>252</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 44 y 45.

<sup>253</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 22 y 23.

el sentido estricto de interpretación «se emplea para referirse a la atribución de significado a una [disposición constitucional] en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice, requiere interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible»<sup>254</sup>. Este concepto restringido de interpretación se conecta con el apotegma jurídico *in claris non fit interpretatio*; es decir, que allí donde el texto de la Constitución es claro no se requiere de la interpretación. Conviene anotar con Tarello que el brocardio “*in claris no fit interpretatio*” en su origen no significaba que ante una disposición clara y expresa no se requiere de la interpretación, más bien hacía referencia a un criterio de jerarquía normativa, según la cual la ley prevalece sobre cualquier otra forma de producción jurídica<sup>255</sup>.

En cambio, según un concepto *amplio o extensivo*, la interpretación de la Constitución *siempre* es necesaria, incluso en los supuestos de claridad de la expresión lingüística (texto o disposición constitucional). En otros términos, «[e]n un sentido amplio, “interpretación” se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una [disposición constitucional] independientemente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación»<sup>256</sup>. Más, haciendo referencia a la aplicación del Derecho se señala que la interpretación tiene lugar en toda “aplicación” del Derecho, sea que se trate de un texto claro, o, sea que se trate de un texto oscuro o dudoso<sup>257</sup>. Esto último es lógico que así sea, pues «para sostener que un texto resulta claro, es preciso conocer la significación del mismo; o, dicho de otro modo, es preciso haberlo interpretado»<sup>258</sup>. Ahora bien, la idea de que la interpretación siempre es

<sup>254</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 3 y 4.

<sup>255</sup> TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., p. 33.

<sup>256</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 5.

<sup>257</sup> Refiriéndose al lenguaje y a la ley, pero obviamente la reflexión también es válida para la interpretación de la Constitución se ha señalado que «para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje», WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 22. O también que «la interpretación no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley; sólo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecuencias», SAVIGNY, F. C. von., *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley, Comares, Granada, 2005, p. 94.

<sup>258</sup> TROPER, M., *La Filosofía del Derecho*, trad. de M. T. García-Berrio, del original: *La philosophie du Droit* (2003), Madrid: Tecnos, 2004, p. 105. Para este autor, «la idea de que un texto claro no debe ser interpretado es sólo un medio de disimular un poder de interpretación», *Ibidem*. En otro contexto también se ha señalado que «[c]uando el [D]erecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas». Hay, en suma: «una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación», KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 349. Las dos citas.

necesaria puede dar a entender que la disposición no existe sin la interpretación. En efecto, «puede quererse indicar que la norma no adquiere verdadera existencia hasta que se completa la interpretación o más exactamente hasta que se aplica, quizás en una línea cercana a la del realismo jurídico»<sup>259</sup>. Sin embargo, esta afirmación merece ser matizada y que como detallaré más adelante, la interpretación no condiciona la existencia de la disposición constitucional; bien al contrario, la disposición constitucional condiciona a la interpretación, pues aquella existe y tiene más de un significado; la interpretación únicamente saca a la luz el significado de la disposición para su aplicación al caso concreto.

El análisis de estos conceptos de interpretación de la Constitución destaca, además, la relevancia de al menos dos aspectos importantes: El primero que ya hice mención y que se refiere a la distinción entre disposición y norma explica que quienes adoptan el concepto *restringido o estricto* de interpretación «tienden a identificar textos legislativos y normas: todo texto o fragmento de texto expresa una norma. Tal norma puede ser, según los casos, clara y precisa u oscura y vaga, pero siempre es una norma preexistente a la actividad interpretativa», mientras que quienes acogen o adoptan el concepto *amplio o extensivo* de interpretación «se inclinan a distinguir netamente entre textos legislativos y normas: las normas (piensan) son el significado de los textos»<sup>260</sup>. El segundo aspecto explica que “interpretación” y “aplicación” son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes, bien entendidas las cosas «la interpretación tiene como objeto no ya normas, como se sostiene [con frecuencia], sino más bien textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos. Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva»<sup>261</sup>.

### **3. El objeto de la interpretación de la Constitución**

El análisis del objeto de la interpretación de la Constitución del Estado constitucional es sin duda uno de los tópicos centrales a considerar en cualquier estudio sobre la interpretación de la Constitución. El objeto puede estar referido al texto constitucional, a la intención de los

---

<sup>259</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 83.

<sup>260</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 8. Las dos citas.

<sup>261</sup> Ídem, p. 10.



padres constituyentes o a los valores morales, etc., sea conjunta o separadamente. Según la opción que se elija se podrá optar por un modelo de interpretación de la Constitución. En lo que sigue analizaré cada uno de los supuestos señalados.

### 3.1. Texto vs. Voluntad

En la actividad interpretativa de la Constitución es frecuente diferenciar entre atribución de significado derivado de la voluntad o intención de los padres constituyentes y atribución de significado derivado del texto constitucional. He sostenido (en la sección primera) que la Constitución del Estado de Derecho constitucional normalmente es un texto escrito, por lo que el objeto de interpretación de la Constitución es la “Constitución escrita” y de manera más precisa el “texto constitucional”<sup>262</sup>. En ese sentido, corresponde ahora defender esta elección. Una de las teorías que mejor ha intentado explicar este fenómeno teórico es el *originalismo* constitucional norteamericano<sup>263</sup>. El originalismo, si bien, plantea el tema en

---

<sup>262</sup> Ciertamente también es posible la interpretación de la Constitución *no escrita*; sin embargo, no es lo mismo interpretar una Constitución escrita que interpretar una Constitución no escrita (o consuetudinaria). Cuando se interpreta una Constitución escrita lo que se busca es atribuir un significado al texto normativo, mientras que se interpreta «una Constitución consuetudinaria, lo que llamamos “interpretación” no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Una costumbre, en última instancia, no es más que un comportamiento humano: un comportamiento “regular” o habitual. Interpretar la costumbre constitucional significa recabar normas de los comportamientos regulares de los órganos del Estado, o sea presumir que los órganos en cuestión comportan de un cierto modo no por casualidad, o simplemente por rutina, sino con la intención de seguir una norma, que entienden como existente y vinculante», GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, del original: *Teoria e ideologia dell' interpretazione costituzionale* (2007), Madrid: IIJ (UNAM)–Trotta, 2da. edición, 2010, pp. 38 y 39.

<sup>263</sup> Se entiende por *originalismo* al enfoque habitual de las sentencias de los Tribunales constitucionales que otorgan fuerza vinculante al texto de la Constitución o a las intenciones de quienes lo adoptaron, BREST, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review*, Boston, Vol. 60, 1980, pp. 204-238, p. 204. El originalismo tendría un espacio teórico desde la génesis del constitucionalismo norteamericano en la figura de J. Wilson un activo participante en la Convención Constituyente de los EE. UU. quien sostenía que lo más importante en la interpretación de un texto jurídico es descubrir el significado que le dieron quienes lo adoptaron, GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel, 1996, p. 61. Esta idea será acogida por Hamilton al afirmar que cuando «la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son», HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J.: *El Federalista*, N° LXXVIII, trad. de G. R. Velasco, del original: *The Federalist: a Commentary on the Constitution of the United States (1780)*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica (Sección de Obras de Política y Derecho), 5ta. reimpresión de la 1ra. edición 1943, 1994. Posteriormente, también será recogida por diversos jueces como Marshall, Black, etc., pero, tendrá mayor connotación al surgir como respuesta al activismo de los tribunales WARREN (1953-1969). Es bastante sabido que el “Tribunal Warren” fue el Tribunal más activo en la historia del Derecho constitucional de los EE.UU., WOLFE, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de M. Gracia Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid: Civitas, 1991, p. 353, y BURGER (1969-1986). El Tribunal Burger no cambió significativamente la doctrina del Tribunal Warren aunque «los propósitos para los que se emplearon los poderes del Tribunal sí variaron». A

función del respeto y fidelidad a la Constitución, en realidad su interés radica en cómo debe ser interpretada la Constitución, o mejor aún, cuál es el objeto de la interpretación de la Constitución<sup>264</sup>. En ese sentido, analizaré las dos principales vertientes del *originalismo* constitucional: el *intencionalismo* y el *textualismo*. En líneas generales, el *intencionalismo* identifica «el significado originario de la [C]onstitución con el significado deseado o querido por los padres constituyentes (“the Framers”), que puede ser [individualizado] sobre la base de los informes preparatorios», mientras que, el *textualismo* de modo general asimila «el significado originario [de la Constitución] con el significado propio de las disposiciones constitucionales en el momento de su emanación: y, de manera más precisa, con el significado ordinario (el así denominado *plain meaning*) que a las disposiciones constitucionales habría atribuido un hablante (según el punto de vista, puede tratarse de un hablante común o bien de un hablante inteligente e informado) de la lengua inglesa en el período 1787-1791 o en el momento de las sucesivas enmiendas»<sup>265</sup>.

### 3.1.1. El intencionalismo (*original intent*)

Existen diversas definiciones de lo que se entiende por “*intencionalismo*”. Según la versión clásica «la Constitución se debe interpretar desde el punto de vista de las “intenciones” de sus redactores, de sus adoptantes o de sus ratificadores; por ejemplo, las aplicaciones específicas que contemplaban, las que estaban dispuestos a aceptar o sus propósitos más amplios»<sup>266</sup>. Para esta versión, en la interpretación de la Constitución lo único que ha de considerarse es la voluntad o intención de quienes lo adoptaron (los padres constituyentes). Sin embargo, desde una visión moderna, el intencionalismo «o bien se deriva de no captar la distinción entre el significado del texto y lo que sus autores quisieron comunicar, o bien presupone alguna razón para sostener que el significado del texto constitucional, a diferencia

---

su vez, «hay diversos ámbitos en los que el Tribunal Burger ha hecho más esfuerzos, en direcciones liberales, de los que hizo el Tribunal Warren, y en muchos otros ámbitos los resultados han sido, bien moderados», Ídem, pp. 406 y 407. Las dos citas. De hecho, el originalismo ha negado validez a diversas sentencias de los tribunales WARREN y BURGER, pues según este modo de ver «tales sentencias, al no ser fieles a la *original intent*, no hacen sino reflejar las preferencias política y morales de los jueces», lo cual, no es admisible, BELTRAN DE FELIPE, M., *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: Una polémica constitucional*, Madrid: Civitas, 1989, pp. 72 y 73.

<sup>264</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica: Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, trad. de S. Álvarez, del original: *Moral aspects of legal theory* (1993), Barcelona: Gedisa, 1998, p. 190.

<sup>265</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 175. Las dos citas.

<sup>266</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., p. 191.

de los textos en general, es una cuestión que depende de la intención de sus autores»<sup>267</sup>. La diferencia entre ambas versiones radica en que la versión moderna asocia la intención al texto constitucional, esto es, convierte al texto en un elemento de la intención. Así, se ha señalado que «la primera fuente de la intención del legislador son las palabras»<sup>268</sup>, o lo que es lo mismo, «la intención de los constituyentes es la segunda fuente más ligada al texto por el fácil argumento de que aclara a aquél, gozando, por ende, de la legitimidad de la Constitución y de su ratificación popular»<sup>269</sup>. Para esta versión, la interpretación de la Constitución parte del texto, pero el significado de la disposición constitucional no se halla a partir del texto, sino a partir de las intenciones de los padres constituyentes.

Existen algunas posturas que defienden el *original intent*, otras que la rechazan y un tercer grupo que muestran sus inconveniencias prácticas. Para las que la defienden, se trata de una doctrina que, de *un lado*, impide la subjetividad del juez constitucional, pues «evita que el tribunal efectúe “selecciones de valor”. En lugar de ello, se supone que el tribunal hace una estimación objetiva, puramente histórica y libre de valoraciones, de lo que pensaban ciertas personas en un determinado momento»<sup>270</sup>, y de otro lado, refuerza la democracia, porque impide que «los jueces permitan que sus propios valores o juicios determinen el resultado de las controversias constitucionales, y que precisamente por esta razón la función judicial debe limitarse a descifrar eventos constituyentes del pasado»<sup>271</sup>.

Las que rechazan la doctrina del *original intent* sostienen que «la búsqueda de la “intención legislativa” no es una investigación puramente objetiva sobre el consenso que triunfó en un momento histórico determinado»<sup>272</sup>, más bien encierra una contradicción, pues «por un lado, se recurre al método hermenéutico para analizar la historia evitando arbitrariedades y por otro, se deja de lado este método a fin de seleccionar e interpretar las intenciones originarias, ya que no sólo se necesita reconstruir el pasado, sino que además hay que hacerlo creativamente para poder superar el salto entre aquel tiempo y el presente. En definitiva, el originalismo exige a los jueces tomar una multiplicidad de decisiones que subvierten las

---

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> WOLFE, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, cit., p. 34.

<sup>269</sup> ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid: CEC, 1984, p. 138.

<sup>270</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., p. 252.

<sup>271</sup> SAGER, L. G., *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 45.

<sup>272</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., pp. 194 y 195.

pretendidas limitaciones impuestas por esta doctrina. Por la puerta trasera, entonces, parece retornar la discrecionalidad judicial que teóricamente se quiere evitar»<sup>273</sup>. De modo similar agregan que «la interpretación, desde el punto de vista de las intenciones de los que redactaron o ratificaron la Constitución, supone una concepción de la ley similar a la de los positivistas jurídicos clásicos, Bentham y Austin, según la cual un subgrupo exclusivo de la población elabora la ley para que otros los cumplan». Esto es objetable, pues «no existe fundamento obviamente lingüístico o moral para interpretar la Constitución en función de las intenciones de un grupo político exclusivo, y no en función del significado del texto. Cuando estas consideraciones se suman a otras objeciones sustanciales, la teoría intencionalista parece, en realidad, poco prometedora»<sup>274</sup>.

Las posturas que muestran las inconveniencias prácticas del *intencionalismo* destacan los siguientes argumentos: i) La dificultad de determinar la *original intent* colectiva dado que detrás del texto constitucional existen varias intenciones y no una “única” intención. La Constitución no es el producto de un único legislador, sino de una constituyente<sup>275</sup>, ii) La multiplicidad de las fuentes dado que la *original intent* que se encontraría –refiriéndonos al constitucionalismo norteamericano– en una serie de documentos históricos como son «los artículos de la Confederación, las leyes que los desarrollaban, los boletines de sesiones de la Convención, el diario de la Convención de Madison, la literatura federalista y anti-federalista fruto de la campaña de ratificación, los debates en convenciones de ratificación de los Estados, etc.»<sup>276</sup> no logran desaparecer el problema, más bien subsiste la posibilidad de que se lleguen a resultados contradictorios (por la contradicción de los datos históricos) o, el tener que decidir la preferencia de una de ellas. En definitiva, «existen tantísimas fuentes históricas que averiguar», y saber «qué deba entenderse por intención de los constituyentes resulta casi imposible»<sup>277</sup>, iii) La petrificación e incompatibilidad con la naturaleza jurídica de la Constitución dado que ésta se caracteriza por tener vocación de permanencia, esto es,

---

<sup>273</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 62 y 63.

<sup>274</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., p. 197. Las dos citas.

<sup>275</sup> Precisa Waldron que «[e]l acto de legislar no consiste únicamente en reunirse y votar. En el Parlamento [o, Constituyente] se delibera, esto es, sus miembros *hablan* entre sí sobre las medidas que están considerando», WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 85.

<sup>276</sup> DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 1997, p. 59.

<sup>277</sup> ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 140. Las dos citas.

de perdurar a lo largo de las generaciones y acompañar los cambios políticos y sociales. El intencionalismo «al no permitir que el intérprete lleve a cabo tal adaptación, al exigir que haya de ser el legislador el que la haga, y, por tanto, al destruir el marco de convivencia general y estable en qué consiste la Constitución, está negando el concepto mismo de Constitución»<sup>278</sup>.

### 3.1.2. El textualismo

La versión *textualista* del originalismo sostiene que el objeto de la interpretación es el “texto” de la Constitución, no lo que quisieron o intentaron decir los constituyentes; sólo el texto de la Constitución sirve para interpretarla. De ese modo, el juez que aplique la Constitución debe hacerlo siguiendo las disposiciones allí establecidas<sup>279</sup>, y por tanto, «no debe ir más allá del texto, no debe buscar las oscuras (y tal vez contradictorias) intenciones de quienes redactaron la Constitución, ni debe acudir a la teoría política y moral. El juez sólo debe circunscribirse al significado “convencional” del texto. Esto significa que debe fijarse tanto en el significado de las “palabras” como en el sentido de las palabras “dentro” del texto, es decir, dentro de las oraciones en las que son empleadas»<sup>280</sup>. La tesis textualista se esfuerza en sostener que «lo único que brindaron los redactores, y que tiene autoridad jurídica establecida, es el texto promulgado o ratificado», por lo que, los tribunales tienen la obligación de poner en práctica lo que dice tales disposiciones: «no [hay] razones para creer que alguna otra intención tenga prioridad sobre el significado público del texto jurídico»<sup>281</sup>.

#### a) El textualismo estricto

El textualismo en su versión estricta entiende que la Constitución debe ser interpretada a la luz de su texto o *literalidad*<sup>282</sup>. Un textualista estricto busca interpretar las palabras o frases de la Constitución de manera muy estricta y precisa<sup>283</sup>. Pero, además, defiende que el texto de la Constitución debe ser interpretado a la luz del contexto en que se adoptó; es decir, dado

---

<sup>278</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Originalismo e interpretación*, cit., p. 83.

<sup>279</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., p. 190.

<sup>280</sup> LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., p. 110.

<sup>281</sup> LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., pp. 252 y 253.

<sup>282</sup> Alonso García entiende que el textualismo estricto o *literalismo* es «una corriente de interpretación que estima que el lenguaje de la Constitución en sí mismo es lo único a lo que hay que atender», ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 91.

<sup>283</sup> BREST, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, cit., p. 204.

que la interpretación tiene por objeto capturar el conocimiento original, el texto debe ser entendido en el contexto de la sociedad que la adoptó<sup>284</sup>. El textualismo estricto exige a los jueces «que no se comporten como agentes morales, que se comporten más bien como amanuenses encargados de copiar (y no de juzgar) un texto escrito por las mayorías electas»<sup>285</sup>. En definitiva, según esta doctrina dado que no se puede ignorar el texto de la Constitución «la interpretación constitucional es una actividad que mira al pasado y que consiste en decodificar el texto y las circunstancias de la autoría de la Constitución, para revelar el significado alojado en aquél. La Constitución, de acuerdo con esta teoría, se centra en aquellos puntos en los que se fijaron los constituyentes, y no otros en los que no se fijaron, cualquiera que fuera la causa (decisión arbitraria, descuido, presión política o simple fatiga)»<sup>286</sup>.

#### **b) El textualismo moderado: no originalismo?**

El textualismo en su versión *moderada* entiende que el significado o sentido de un precepto constitucional quedó plasmado en el texto y que por ello hay que considerarlo como punto de partida<sup>287</sup>, esto es, que la interpretación de la Constitución debe partir del texto en la medida en que el propio lenguaje permite ir más allá del mismo, pero no excluye una reflexión contemporánea de las instituciones constitucionales, pues «el contenido de estas reflexiones no afecta a la interpretación de la Constitución misma»<sup>288</sup>. Para esta postura, si se interpreta una disposición constitucional en una época más o menos contemporánea con su aprobación, el juez constitucional inconscientemente pone la disposición en su contexto lingüístico y social que ha interiorizado, simplemente porque es de esa sociedad; pero, no se podría asumir de modo categórico que una disposición constitucional adoptada cien o doscientos años atrás tiene en la actualidad el mismo significado que tenía para la sociedad de los adoptantes<sup>289</sup>.

Con lo anterior, se sostiene que «[e]l lenguaje como la historia demuestran claramente que existen cláusulas abiertas, cláusulas dejadas a una concreción posterior a llevar a cabo por

---

<sup>284</sup> Ídem, p. 208.

<sup>285</sup> LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., p. 114.

<sup>286</sup> SAGER, L. G., *Juez y democracia*, cit., p. 45.

<sup>287</sup> ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 144.

<sup>288</sup> SAGER, L. G., *Juez y democracia*, cit., p. 45.

<sup>289</sup> BREST, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, cit., p. 208.

los jueces»<sup>290</sup>. Una pregunta confirmaría este planteamiento: ¿cuál sería la respuesta de un juez constitucional (partidario del textualismo estricto) frente a un problema del derecho al aborto, la eutanasia, el matrimonio homosexual, etc., si la mayoría de las constituciones no dicen nada sobre estos supuestos?. El significado *literal* del texto de la Constitución no podría dar una solución a estos casos, pues, el juez «no puede enjuiciar nuevas situaciones si los constituyentes no podían haberlos previsto», y por tanto, «por definición, no puede suministrar respuesta alguna»<sup>291</sup>. Por ello, el textualismo moderado enfatiza que «el juez constitucional no puede jugar un papel puramente pasivo como si la Constitución pudiera ser interpretada con el carácter estricto de un contrato privado, debe hacer de ella una *living constitution*, defendiendo mediante su interpretación los valores que el propio texto encarna»<sup>292</sup>. En definitiva, los jueces deben preservar el texto de la Constitución, pero deben hacerlo compatible con el siglo XXI, más que con el siglo XX. De este modo, el juez constitucional (y sus decisiones) no se aparecerían como contrario «a la voluntad actual de las mayorías, sino como uno de sus principales defensores»<sup>293</sup>.

Llegado hasta aquí, la elección del “texto constitucional” como objeto de la interpretación constitucional resulta más que conveniente frente a la intención o voluntad de los padres constituyentes, y ello es así debido fundamentalmente a la imposibilidad de determinación práctica de la *original intent*. La interpretación de la Constitución no supone por tanto la búsqueda de la voluntad, la intención o el pensamiento querido o deseado por los padres constituyentes, sino la atribución de un significado imputable o derivado del “texto” de la Constitución misma. De este modo, «[t]odos los elementos que, desde el punto de vista voluntarista, aparecían o deberían haber sido tratados como pruebas e indicios de los componentes psicológicos de los actos a interpretar, pueden ser considerados en este punto como factores relevantes, y variadamente relevantes, en la determinación de los significados del texto, de los cuales son portadores los documentos a interpretar»<sup>294</sup>, pero no constituyen el objeto de la interpretación de la Constitución. Ahora bien, dado que el objeto de la presente investigación es el análisis de la interpretación de la Constitución en el marco del

---

<sup>290</sup> ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 331.

<sup>291</sup> Ídem, p. 143.

<sup>292</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Originalismo e interpretación*, cit., p. 47.

<sup>293</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, cit., pp. 70 y 71.

<sup>294</sup> SCARPELLI, U., “Interpretazione (Diritto)”, en *Grande dizionario enciclopedico. Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino: Utet, Vol II.I, 2da. edición, 1997, p. 422.

Estado constitucional, y de manera más concreta, la propuesta de un modelo *integral* de interpretación de la Constitución ésta adopta (como detallaré en la Sección Segunda del Capítulo II) los planteamientos del textualismo moderado.

### 3.2. Texto vs. Dimensión ética sustantiva

He dicho que la Constitución del Estado constitucional es una Constitución que –bajo la condición de norma jurídica suprema– incorpora o reconoce (expresamente) en su texto a diversos valores, principios y derechos. En palabras de Habermas, «[l]os principios morales del Derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en Derecho positivo»<sup>295</sup>. Estas disposiciones jurídicas “positivas” señalan «los objetivos y fines morales que se propone realizar el Derecho y que son consecuencia de la moralidad política que identifica al poder»<sup>296</sup>. He dicho también que sobre todo el Estado de Derecho material contenía valores, principios y derechos, aunque es verdad, el contenido y la garantía de los mismos giraban (únicamente) en torno y sobre la base de la ley, no sobre la base de la Constitución como ocurre en el Estado constitucional. No obstante, conviene precisar que la Constitución de nuestros días se refiere no sólo a valores, principios y derechos, sino que contiene también otras disposiciones que tienen propósitos diferentes, como por ejemplo, las disposiciones de organización, procedimiento, función y actuación del Estado, así como las disposiciones constitucionales que se refieren a los mecanismos jurídicos dirigidos a asegurar la eficacia de la propia Constitución.

Ahora bien, por muy interesante que resulte, no me detendré a explicar la diferencia –en el caso de que exista– entre valores, principios y derechos<sup>297</sup>, por cuanto escapa a los límites de esta investigación, únicamente –siguiendo a Celano– los describiré en su conjunto como la *dimensión ética sustantiva* del Estado constitucional<sup>298</sup>. La positivización de esta dimensión

---

<sup>295</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, del original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), Madrid: Trotta, 6ta. edición, 2010, p. 545.

<sup>296</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “La Constitución entre la voluntad soberana y la razón”, cit., p. 167.

<sup>297</sup> Un intento de distinción entre valores y principios puede encontrarse en DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid: CEPC, 1997, pp. 97 y ss.

<sup>298</sup> Sigo la expresión “dimensión ética sustantiva” utilizada por Celano para referirse al conjunto de valores, principios y derechos, CELANO, B., *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, trad. de A. Greppi y F.J. Laporta, Madrid: CEPC, 2009, pp. 255-279.



ética sustantiva en la Constitución del Estado constitucional adquiere especial relevancia en la medida en que constituye la base del desarrollo del programa del orden jurídico y el fundamento último de las decisiones interpretativas respecto de ese programa normativo. En efecto, se ha señalado que es «un hecho innegable que todas o la mayor parte de las constituciones actuales de los países avanzados incorporan a su articulado valores morales, principios de justicia y derechos fundamentales. Estos elementos normativos, además de ser directrices aplicables para la resolución de casos o conflictos, pueden funcionar como criterios de validez de otras normas jurídicas, puesto que las normas que los vulneren deben considerarse inválidas»<sup>299</sup>. Aunque también desde una perspectiva crítica se ha señalado que la constitucionalización de los valores y principios del iusnaturalismo racionalista supone la legitimación no del todo transparente de una suerte de formalismo ético de nuevo cuño, cuya concretización de esos contenidos mediante la acción racional (moral) del juez en última instancia acaba con la discrecionalidad responsable garantizada por el positivismo jurídico de corte hartiano<sup>300</sup>.

En cualquier caso, este modo de configurar el programa jurídico constitucional genera sin duda importantes modificaciones en la manera de entender el Derecho de la Constitución (y del Derecho en general), pero también saca a la luz las contradicciones de esta forma de organización jurídico-política, entre las que destaca la tensión entre constitucionalismo y positivismo jurídico, justamente debido a la conexión entre el Derecho y la moral. En efecto, si toda Constitución del Estado constitucional tiene una determinada moralidad expresada en valores, principios y derechos fundamentales resulta evidente que existe una clara relación entre el Derecho y la moral. En otras palabras, la inevitable relación entre Derecho y moral «se manifiesta con claridad meridiana en los modernos Estados constitucionales de Derecho, cuyas constituciones incorporan expresamente valores morales, principios de justicia y derechos humanos, a los que atribuye un carácter fundamental, hasta el punto de que funcionan como criterios de validez de las restantes normas jurídicas, que serían inválidas si los vulnerarían»<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho*, cit., pp. 25 y 26.

<sup>300</sup> RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Formalismo ético y constitucionalismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 119.

<sup>301</sup> RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho*, cit., pp. 35 y 36.

Con base en ello, por ejemplo, Hart dirá que la conexión es tan evidente (e inevitable) que, pocos que hoy se consideran positivistas, podrían negar las diversas formas de conexión entre el Derecho y la moral<sup>302</sup>. No obstante, precisa que «tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente»<sup>303</sup>. A la luz de esta tesis, la mayoría de los positivistas se han esforzado en señalar que si bien esa relación existe, sin embargo, la misma no es necesaria, sino sólo o puramente contingente (es decir, que puede o no producirse)<sup>304</sup>. Al respecto, siguiendo a Ramos Pascua se puede sostener que «[e]s verdad que la relación entre Derecho y moral es contingente en el sentido de que cabe detectar o imaginar constituciones, y en general ordenamientos injustos o inmorales»<sup>305</sup>, pero no es este el ordenamiento jurídico al que me refiero; tal como he señalado, aquí se trata de un Estado Constitucional en el que la Constitución incorpora (necesariamente) dimensiones éticas sustantivas y que exige también (o debería exigir) una actitud sustantiva de las personas. Por lo tanto, se puede decir que la lógica del Estado constitucional predica una relación necesaria (o verdaderamente necesaria, y esa relación además es profunda) entre el Derecho y la moral; en caso contrario, puede tratarse de otro tipo de Estado de Derecho, pero no Estado de Derecho Constitucional. Así pues, la relación necesaria entre Derecho y moral no se convierte en inútil o inservible, todo lo contrario, se trata de una relación significativa para dar cuenta de los rasgos centrales de nuestros sistemas constitucionales actuales<sup>306</sup>.

De otro lado, se señala que esa relación necesaria sería (además) una característica inherente al Derecho que tiene que regular aspectos sociales, políticos, económicos, etc., función de la que no se puede predicar neutralidad alguna. En efecto, se ha señalado que «es lógico que así sea, porque el Derecho no puede operar en el vacío, al margen de valores, creencias,

---

<sup>302</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 256.

<sup>303</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, inédito (1979), trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 36, 1980, p. 4.

<sup>304</sup> En efecto, recuerda Ramos Pascua que la respuesta de los positivistas «es similar a la de Hart frente a las alegaciones de Dworkin. Argumentan, entre otras cosas, que el enlace entre Derecho y moral materializado en las constituciones actuales no es necesario sino puramente contingente. Puede y suele producirse, pero también puede no producirse», RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho*, cit., p. 26.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

finés e intereses sociales»<sup>307</sup>. Por tanto, es posible afirmar que el Derecho lleva una opción moral determinada. Si bien esta moralidad no puede garantizar la completa corrección moral pues esa moralidad puede estar al servicio de fines perversos moralmente, sin embargo, no puede decirse que la moralidad carece «por completo de valor o sentido ético. La generalidad de las normas, por ejemplo, aunque es una exigencia aparentemente sólo formal, implica la necesidad de que las normas se dirijan a todos por igual, y esa exigencia de igualdad de trato por parte del Derecho contiene en germen la idea de la justicia, que es un valor moral. Algo similar puede decirse de las restantes exigencias de la moral interna del Derecho. Todas ellas son exigencias de justicia. Todas ellas albergan valores morales»<sup>308</sup>.

Así las cosas, merece realizar la siguiente pregunta. En términos precisos ¿qué significa que la Constitución del Estado constitucional incorpore expresamente en su texto (o se remita) a valores, principios y derechos, y sobre todo cuál es la influencia que éstos ejercen en la actividad interpretativa de la Constitución?. Siguiendo de nuevo a Celano, se puede señalar que la positivización de la dimensión ética sustantiva en la Constitución significa que «la identificación del contenido (la comprensión) de las disposiciones [constitucionales], y su aplicación a casos genéricos o individuales, requiere, en algunas ocasiones, el recurso a consideraciones y argumentaciones morales sustantivas»<sup>309</sup>. O de manera más clara aun, las decisiones interpretativas del juez constitucional en estos casos «terminan siendo *también morales* y no sólo *constitucionales*. O mejor *morales por constitucionales*»<sup>310</sup>. Y todavía más, inevitablemente el resultado de este proceso interpretativo, es decir, «[e]l contenido de esta decisión será, a pesar de todo, Derecho (una norma o un acto jurídicamente válido). Esta antítesis es insoluble. No hay ninguna solución teórica a este problema»<sup>311</sup>.

Con todo esto lo expuesto hasta aquí no pretendo decir que hay que rechazar o abandonar el positivismo jurídico sin más como se sugiere<sup>312</sup>, pues se sostiene que un constitucionalista o neoconstitucionalista consecuente y que se tome la Constitución en serio no puede al mismo

---

<sup>307</sup> Ídem, p. 35.

<sup>308</sup> Ibidem.

<sup>309</sup> CELANO, B., *Derecho, justicia, razones*, cit., pp. 255 y 256.

<sup>310</sup> RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Formalismo ético y constitucionalismo*, cit., p. 100.

<sup>311</sup> CELANO, B., *Derecho, justicia, razones*, cit., p. 258.

<sup>312</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM-Fontamara, N° 27, 2007, pp. 7-28.

tiempo defender una visión positivista del Derecho<sup>313</sup>; todo el contrario, a mi modo de ver, y como lo intentaré justificar a través a lo largo de la presente investigación, es posible que la interpretación de la Constitución –que expone su dimensión ética sustantiva– pueda ser abordada desde el positivismo jurídico. Al final el positivismo jurídico sería una ideología “jurídica”, y por tanto, adaptable al cualquier contexto jurídico. Así, se ha señalado que «[s]i el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la “ley constitucional”, no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables». Es una supervivencia “ideológica” que al igual como ocurre con las grandes concepciones jurídicas «continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado»<sup>314</sup>.

#### **4. ¿Especificidad de la interpretación de la Constitución?**

La interpretación “de” la Constitución y la interpretación jurídica comparten en general muchos aspectos en la actividad interpretativa del Derecho; sin embargo, existirían algunos rasgos especiales que convierten a la interpretación de la Constitución en un caso especial de la interpretación del Derecho<sup>315</sup>. Este modo de ver las cosas, ha dado lugar a que exista una corriente –cada vez más frecuente– que proclama la especificidad (o peculiaridad) de la interpretación de la Constitución en relación con la interpretación de los demás textos jurídicos (la ley, en particular). El problema sin embargo surge al momento de querer o intentar señalar cuáles son esos rasgos o criterios en los que se supuestamente se encuentra reflejada tal especificidad. Así, la peculiaridad de la interpretación de la Constitución –se ha dicho– puede quedar verificada a partir de la estructura normativa de la disposición constitucional<sup>316</sup>, del papel de la Constitución en el sistema jurídico, de la aplicación de la Constitución, de su organización institucional<sup>317</sup>, de la naturaleza del objeto Constitución, de la peculiar función de los órganos jurisdiccionales, de las especiales consecuencias de las

---

<sup>313</sup> GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid: Trotta, 2009, p. 19.

<sup>314</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 41. Las dos citas.

<sup>315</sup> WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 18.

<sup>316</sup> RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, *Instituto de Estudios Fiscales (La Constitución española y las fuentes del Derecho)*, Madrid, Vol. I, 1979, p. 63.

<sup>317</sup> WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 18.

decisiones<sup>318</sup>. O también puede provenir de los sujetos de la interpretación, de las técnicas interpretativas y de los problemas de la interpretación<sup>319</sup>. Todos estos elementos pueden quedar resumidos bajo el siguiente esquema:

#### **4.1. La “estructura normativa” de las disposiciones de la Constitución**

Las propuestas de especificidad de la interpretación de la Constitución parten generalmente de la “estructura normativa” de las disposiciones constitucionales en relación con las demás disposiciones del ordenamiento jurídico. Así, sin negar su carácter normativo, se señala que a diferencia de las disposiciones subconstitucionales, las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser básicamente «esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas», y que debido a esta caracterización «sus perfiles se adecúan más a la idea de *principios* que a la de *reglas*»<sup>320</sup>. En lo que sigue trataré de explicar sobre tales aspectos.

##### **a). El carácter general y/o abierto de las disposiciones de la Constitución**

Las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas. Ésta característica de los enunciados constitucionales básicamente está asociada, de *un lado*, con la “materia” de regulación de la Constitución, y de *otro lado*, con la forma o el modo de esta regulación<sup>321</sup>. En el *primer caso*, la Constitución regula el Derecho del Estado constitucional; es decir, los derechos fundamentales, la organización y funcionamiento del gobierno, la división de poderes, la relación entre éstos y los ciudadanos, etc. En el *segundo caso*, la Constitución regula el Derecho del Estado constitucional de una *manera* más o menos general, y encarga su posterior desarrollo a los órganos constitucionales. Así, es bastante entendido que «la Constitución no codifica sino que únicamente regula –y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos– aquello que parece importante y que

---

<sup>318</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 9, 1991, p. 176. Vid. también POZZOLO, S. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. de J. M. Vilajosana, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, Alicante: Universidad de Alicante, N° 21-II, 1998, p. 339., especialmente cuando se refiere a la peculiar configuración del “objeto” Constitución.

<sup>319</sup> GUASTINI, R., “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 1996 (Ricerche di giurisprudenza analitica)*, Torino: Giappichelli, 1996, p. 169.

<sup>320</sup> RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, cit., p. 63. Las dos citas.

<sup>321</sup> De modo similar se ha sostenido que el carácter abierto de los preceptos de la Constitución se corresponde con «la amplitud y la dinámica de su ámbito de regulación», MÜLLER, F., “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. de L. Villacorta Mancebo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEC, Núm. 27, 1989, p. 127.

necesita determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización»<sup>322</sup>. Son básicamente las leyes en general las que desarrollan cada parte de la Constitución.

No obstante, la caracterización de las disposiciones de la Constitución como genéricas y/o abiertas es una caracterización flexible y “no uniforme” en la medida en que hay también en las constituciones una variedad de disposiciones que son –esto es inevitable– unas más o menos genéricas y/o abiertas que otras. La disposición de la Constitución italiana que señala “*Roma es la capital de la República*” no tiene (ni puede tener) el mismo grado de generalidad (o de concreción) que la disposición que señala “*El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges*”. La disposición de la Constitución alemana que establece “*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*” no tiene (ni puede tener) el mismo grado de generalidad (o de concreción) que la disposición que señala “*La capital de la República Federal de Alemania es Berlín*”. En resumen, no todos los enunciados de la Constitución son iguales o tienen el mismo grado de generalidad (o de concreción).

Ahora bien, ¿cuál es el grado de generalidad (o de concreción) de las disposiciones de la Constitución en relación con las demás disposiciones del orden jurídico?. O mejor aún ¿son los enunciados constitucionales más generales y/o abiertos que los demás enunciados (infraconstitucionales)?. Con frecuencia se señala que las disposiciones de la Constitución son a diferencia de las demás disposiciones del ordenamiento jurídico más generales y/o abiertas. Esta doctrina sin embargo olvida que los enunciados de los demás sectores jurídicos (en particular, la ley) son también genéricos y/o abiertos, y por supuesto –y esto también es inevitable– unos más o menos genéricos y/o abiertos que otros, ello debido a los requisitos de generalidad y de abstracción de la ley, y por tanto, con distintos grados de generalidad (o de concreción)<sup>323</sup>. Entonces, el carácter genérico y/o abierto del Derecho no

---

<sup>322</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, cit., p. 45.

<sup>323</sup> En sentido similar se ha señalado que el carácter abierto de las disposiciones constitucionales frente a las demás disposiciones jurídicas olvida, «por un lado, la diversidad propia de las normas contenidas en los textos constitucionales, que presentan un grado de concreción variable y, por otro, la existencia de una diversidad similar en las otras normas del sistema jurídico», BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997, pp. 39 y 40.

es característica exclusiva de la Constitución del Estado constitucional, sino también de los demás sectores del sistema jurídico (Derecho penal, Derecho administrativo, Derecho civil, etc.). En efecto, enunciados normativos como “buena fe”, “buen padre de familia”, “orden público”, “contra la moral”, “buenas costumbres”, “utilidad pública”, “fuerza irresistible”, “equidad”, “interés social”, “según la naturaleza de las cosas”, etc., presentan –unos más que otros– problemas de mayor o menor grado generalidad (o de concreción), y por tanto, ocurre lo mismo que con las disposiciones de la Constitución. Además, un gran número de éstos y otros conceptos se encuentran en ambos textos; es decir, se encuentran tanto en el texto de la Constitución como en los demás textos jurídicos, y ello es así, debido a que puede ocurrir cualquiera de estos dos casos: o bien han sido trasladados a la Constitución, o bien son el desarrollo de la Constitución.

Con lo anterior, se sigue que no existe una diferencia estructural cualitativa entre los enunciados de la Constitución y los enunciados de los demás sectores del Derecho, la única diferencia –que tampoco puede ser absoluta, y en ocasiones es poco clara– es sólo de grado; esto es, de mayor grado de generalidad de las disposiciones constitucionales en relación con las disposiciones (infraconstitucionales). En concreto, la diferencia gradual entre la ley y la Constitución puede quedar sustentada en los siguientes aspectos: i) *El modo de regulación*. Las disposiciones subconstitucionales regulan, desarrollan, concretizan (de un modo más o menos general) lo que disposiciones constitucionales regulan con mayor grado de generalidad (o para ser más precisos, también de un modo más o menos general); y, ii) *La disposición de referencia*. Las disposiciones infraconstitucionales tienen como referencia a las disposiciones de la Constitución. De esto me ocuparé más adelante. En tal sentido, parece que la diferencia estructural sólo gradual de las disposiciones de la Constitución respecto de los demás textos jurídicos no se puede extender sin más a la interpretación de la Constitución.

#### **b). La distinción entre principios y reglas**

He expresado que las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser unas más o menos genéricas y/o abiertas que otras disposiciones de la misma Constitución, y que por lo mismo, sus perfiles se adecúan –unas más que otras– más a la idea de principios que a la de reglas. Pues bien, este modo de configurar la Constitución del Estado constitucional obliga

hacer referencia a la clasificación de los preceptos de la Constitución en principios y reglas; y con ella a (la problemática de) su distinción. Así, conviene preguntar lo siguiente ¿en qué consiste –si es que existe la distinción entre principios y reglas?. Existe un planteamiento muy difundido que señala que la distinción entre principios y reglas puede ser analizada a partir de dos teorías: la *teoría fuerte de la separación* y la *teoría débil de la separación*<sup>324</sup>. La primera, afirma que existe una diferencia lógica entre reglas y principios, lo que supone que la distinción «no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa»<sup>325</sup>. Es decir, es debido a su estructura que las reglas y principios pertenecen a categorías diferentes. La segunda, señala que esa diferencia lógica o cualitativa no existe, lo que existe es un mayor grado de generalidad de los principios respecto de las reglas o un modo distinto de interpretación y argumentación, por tanto, la distinción es sólo de grado. Dicho en otras palabras, «reglas y principios guardan relación entre sí, una relación de parecido de familia, y existe entre ellos una diferencia de grado, no cualitativa»; y en esta relación típicamente «los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas»<sup>326</sup>.

Dworkin es por ejemplo uno de los defensores de la tesis fuerte de la distinción. Según este autor, existirían (como detallaré en la sección primera del Capítulo II) dos diferencias: *i*) las reglas se aplican a la manera de disyuntivas “todo o nada”; en cambio, los principios no establecen las condiciones de su aplicación; señalan una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular, y *ii*) el conflicto entre reglas se soluciona teniendo en cuenta la función más relevante de cada una de ellas en la regulación del hecho social cuyo resultado mostrará que una de ellas no es válida; en cambio, el conflicto entre principios se soluciona teniendo en cuenta el “peso relativo” de cada principio, es decir, sopesando o ponderando el valor o la importancia que cada uno adquiere en el caso, prevalece el más importante<sup>327</sup>. Alexy otro de los defensores de la tesis fuerte de la distinción coincidiendo hasta cierto punto con Dworkin señala que la idea según la cual

---

<sup>324</sup> ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, Alicante: Universidad de Alicante, Núm. 5, 1988, pp. 140 y 141.

<sup>325</sup> AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, trad. de P. Serna, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña: Universidad de La Coruña, Núm. 4, 2000, p. 593.

<sup>326</sup> Ídem, p. 594, las dos citas.

<sup>327</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously* (1977), Barcelona: Ariel, 7ma. reimpresión de la 1ra. edición 1984, 2009, pp. 75-78.



los principios son *mandatos de optimización* es central para la distinción. En ese sentido, dirá que los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»; es decir, son normas que se caracterizan «por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas»<sup>328</sup>; mientras que, «las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado»<sup>329</sup>. Intentaré explicarlo con un ejemplo:

Disposición constitucional I: Toda persona tiene derecho “*A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*” (Art. 2.3. Constitución peruana).

Disposición constitucional II. Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez competente o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito: “*El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia*” (Art. 2.24.f. Constitución peruana).

La **DCI** (*A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*) puede ser realizada en más o en menos, pues admite distintos niveles de cumplimiento (o de incumplimiento). La disposición señala una dirección para su cumplimiento, pero no exige una decisión particular; es decir, lo que ordena la disposición es que sea observada en la mayor medida posible (que sea optimizada). Esto dependerá de las diversas posibilidades fácticas y jurídicas existentes. La **DCII** (*El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia*), en

---

<sup>328</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, del original: *Theorie der Grundrechte* (1986), Madrid: CEC, 1993, p. 86, las dos citas.

<sup>329</sup> Ídem, p. 87.

cambio, exige un cumplimiento pleno, pues no admite distintos niveles de cumplimiento. Puede ser cumplida o no cumplida, no hay puntos intermedios: o del detenido es puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas o no.

Sin embargo, existen críticas a la tesis fuerte de la distinción. Éstas provienen de la tesis débil de la distinción que sostiene que entre reglas y principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural (cualitativa) o lógica. Según Aarnio, desde el punto de vista lingüístico, reglas y principios forman una escala dividida en cuatro niveles: a) reglas (R); b) principios que parecen reglas (RP); c) reglas que parecen principios (PR); y, d) principios (P)<sup>330</sup>. Sobre esta base, según este autor la tesis principal es la siguiente: «[l]a distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grado de generalidad y, por otra parte, no hay fronteras *sencillas* y *claras* entre los subgrupos que forman las cuatro categorías (R, RP, PR, P). Por el contrario, la aplicabilidad de una norma se desdibuja progresivamente de un segmento al siguiente. Una norma puede, en consecuencia ser más RP que PR, y viceversa»<sup>331</sup>. Intentaré explicarlo con un ejemplo: “*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*” (Art. 17.2. Constitución española).

Un fragmento de la disposición “*no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario*” señala una dirección para su cumplimiento, pero no exige una decisión particular; es decir, lo que ordena la disposición es que sea observada en la mayor medida posible (que sea optimizada). Otro fragmento de la misma disposición “*en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”, en cambio, exige un cumplimiento pleno; puede ser cumplida o no cumplida, no admite distintos niveles de cumplimiento. Otra de las críticas es la formulada por Prieto Sanchís para quien a través de esta distinción más bien se hace referencia a una determinada técnica de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas. Según este autor «los principios no son un determinado tipo de normas –aun cuando no puede olvidarse que, de modo creciente, el legislador hace uso explícito de esa expresión–, sino cualquier

<sup>330</sup> AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, cit., p. 596.

<sup>331</sup> Ídem, pp. 596 y 597.

norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica»<sup>332</sup>.

Con todo lo anterior, parece que en efecto las disposiciones de la Constitución se adecúan –unas más que otras– más a la idea de principios que a la de reglas. Esto es verdad, pero es una verdad que admite algunas reservas, y es que si bien la mayoría de las disposiciones de la Constitución sobre todo aquellas que se refieren a los contenidos materiales adquieren la estructura de principios, existen también muchas disposiciones constitucionales que tienen la estructura de reglas<sup>333</sup>. En efecto, la mayoría de las disposiciones de la Constitución que se refieren básicamente al status, organización, procedimiento, función y actuación del Estado –y también (según se ha señalado) algunas que se refieren a los contenidos materiales– adquieren la estructura de reglas. Lo que quiero decir, es que la presencia de reglas no es una característica exclusiva de las disposiciones subconstitucionales, pues también están presentes en las disposiciones de la Constitución.

La presencia de reglas en el Derecho en general, y por tanto, también en la Constitución –se dice– es deseable y necesaria porque contribuye al cumplimiento de la “exigencia especial de normatividad” del Derecho<sup>334</sup>. Así pues, se afirma que «si no todo el Derecho positivo, al menos sí el núcleo central y más importante del ordenamiento jurídico est[á] compuesto por esa clase especial de normas que llamamos en sentido estricto “reglas”»<sup>335</sup>. Pero por otro lado, la existencia de los principios tampoco es una característica exclusiva de la Constitución del Estado constitucional, pues tal característica está también presente en el resto de los textos jurídicos, por ejemplo, en las leyes (los códigos) o en criterios jurídicos de otro tipo, por ejemplo, en los estándares argumentativos<sup>336</sup>; tal vez lo que sí se puede defender es la presencia de una elevada cantidad de principios en la Constitución respecto de los demás textos jurídicos, por tanto, la diferencia sería sólo de grado.

---

<sup>332</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: CEC, 1992, p. 55.

<sup>333</sup> La Constitución dirá Landa, contiene disposiciones de distinto grado de calidad desde reglas, enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida hasta normas orientadoras, organizativas, procesales y sancionadoras, LANDA ARROYO, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, cit., p. 345.

<sup>334</sup> LAPORTA, F.J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta, 2007, p. 107.

<sup>335</sup> Ídem, p. 84.

<sup>336</sup> CELANO, B., *Derecho, justicia, razones*, cit., p. 256.

En efecto, en la lógica del Estado constitucional son los “principios” los que hacen a la Constitución *diferente* de cualquier otro material normativo (la ley, en particular)<sup>337</sup>. Una vez reconocidos los principios en el texto de la Constitución –se dice– no implican la simple presencia de principios; se trata de la presencia de una cantidad considerable o “macroscópica” de principios<sup>338</sup>. Es pues la elevada cantidad de principios respecto de los demás documentos jurídicos subconstitucionales lo que determina «el salto [cuantitativo] del documento (precisamente) constitucional»<sup>339</sup>. De esto se sigue, que si es posible predicar la especificidad (o alguna especificidad) del objeto Constitución respecto de los textos infraconstitucionales, entonces también es posible predicar la especificidad (de grado) de la interpretación de la Constitución respecto de los demás textos jurídicos, la que (obviamente) no puede partir sino del propio contenido de su objeto: el *contenido* de la Constitución.

A una conclusión similar arriba Zagrebelsky cuando señala que la interpretación de la Constitución con relación a los demás documentos jurídicos no es cualitativa sino cuantitativamente distinta, en el sentido de que en ella tienen mayor peso los principios<sup>340</sup>. De este modo, «[l]a Constitución, en definitiva, se convierte en un objeto particular de la interpretación en razón del particular contenido que expresa, es decir, por los principios que le confieren un particular valor normativo»<sup>341</sup>. No ocurre lo mismo en las disposiciones infraconstitucionales donde hay más reglas que principios, o, como se sostiene y cual si fuera una pirámide «a medida que se desciende por debajo de la Constitución disminuye el número de los principios y aumentan las reglas, hasta el nivel más bajo, donde no hay más principios»<sup>342</sup>.

### **c). La ausencia del supuesto de hecho en las disposiciones constitucionales**

Se sostiene que la Constitución a diferencia de la ley *no* fija un supuesto (o presupuesto) de hecho al que se le vinculen determinadas consecuencias jurídicas<sup>343</sup> ni tampoco aquello que

---

<sup>337</sup> POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 2001, p. 76.

<sup>338</sup> CELANO, B., *Derecho, justicia, razones*, cit., p. 256.

<sup>339</sup> POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 76.

<sup>340</sup> ZAGREBELSKY, G., “Appunti in tema di interpretazione e di interprete della Costituzione”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970.

<sup>341</sup> POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 76.

<sup>342</sup> *Ibidem*.

<sup>343</sup> PÉREZ ROYO, Javier., *Curso de Derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 12va. edición, 2010, pp. 101 y 102.

ha de ser enjuiciado por el intérprete «se asemeja a un supuesto de hecho»<sup>344</sup>. Creo que frente a estos planteamientos pueden hacerse al menos dos objeciones: *primero*, que las disposiciones de la Constitución como cualquier otra norma jurídica contienen uno (o más) supuestos de hecho y una (o más) consecuencias jurídicas; negar la existencia del supuesto de hecho en las disposiciones constitucionales supone negar (inevitablemente) la condición de norma jurídica de la Constitución, lo que, no parece posible y *segundo*, que no es común interpretar la Constitución para averiguar lo que ésta significa por sí, sino que surge tan pronto precise su aplicación a determinados supuestos de hecho.

En este sentido, conviene recordar que la mayoría de los actuales sistemas de justicia constitucionales encargan a los jueces (Tribunal Constitucional o Corte Suprema) enjuiciar no sólo leyes, sino también hechos o actos jurídicos. Así, en relación con la ley, es «el propio juez el que –con pretexto del caso, que sirve sólo de motivo para la reflexión, pero no, en modo alguno, de definición–, ha de configurar el supuesto de hecho abstracto que le permitirá alcanzar una consecuencia igualmente abstracta»<sup>345</sup>, y en relación con los hechos o actos jurídicos (por ejemplo, que presuntamente suponen la violación de un derecho fundamental) el juez constitucional ha de verificar si el hecho (real) coincide con el supuesto de hecho de la disposición constitucional. Por cierto, con esto no pretendo decir que el juicio de constitucionalidad se ajusta a los cánones de la subsunción (que es una cuestión distinta), sino sólo que existen elementos comunes con el “juicio” de legalidad.

#### **4.2. La peculiaridad de los sujetos intérpretes de la Constitución.**

Cualquier persona puede interpretar la Constitución. Interpretan la Constitución el juez, el legislador, el abogado, el científico del Derecho, el empleado público, el ciudadano, etc. Sigo aquí la propuesta de Kelsen que aunque no es la más extendida, permite clasificar de manera clara los diversos intérpretes de la Constitución. Así, según este autor, existirían dos tipos de interpretación que deben ser claramente diferenciados entre sí: la interpretación de la Constitución por un órgano jurídico de aplicación y la interpretación de la Constitución *no* efectuada por un órgano jurídico de aplicación<sup>346</sup>. La primera designada *interpretación*

---

<sup>344</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, cit., p. 177.

<sup>345</sup> RUBIO LLORENTE, F., “Problemas de la interpretación constitucional”, cit., p. 39.

<sup>346</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 349.

*auténtica*<sup>347</sup> es la realizada por cualquier órgano jurídico de aplicación de la Constitución: el legislador, los órganos jurisdiccionales (Tribunal Constitucional o Corte Suprema), los órganos administrativos, etc. La segunda denominada *interpretación no auténtica* es la realizada por un particular (no aplicador de la Constitución): el abogado, el científico del Derecho, el ciudadano, etc. Bien, la *interpretación auténtica* a su vez puede ser general e individual. Es general, si el significado de un precepto constitucional es determinado por el legislador en general. Y, es individual, si el significado de un enunciado constitucional es determinado por el juez constitucional en la aplicación de la disposición jurídica a un caso concreto<sup>348</sup>.

La especificidad basada en la peculiaridad del sujeto que interpreta la Constitución, en este caso, del intérprete auténtico individual –se dice– depende entre otras cosas del régimen jurídico de la Constitución y del modelo de justicia constitucional<sup>349</sup>. Con esto, hay que constatar primero si se trata de una Constitución flexible o de una Constitución rígida. Luego, asumiendo que se trata de una Constitución rígida habrá que constatar si el modelo de justicia constitucional es uno concentrado o uno difuso. Si el modelo es *concentrado* la peculiaridad de la interpretación de la Constitución respecto de la ley estaría ya verificada en la medida en que la competencia de la interpretación y aplicación de una y otra están conferidos a sujetos diferentes, esto es, en el caso de la interpretación de la Constitución la competencia está conferida sólo al Tribunal Constitucional (*intérprete privilegiado de la Constitución*); si el modelo es *difuso* la peculiaridad no estaría verificada en la medida en que hay un único sujeto competente para la interpretación y aplicación de una y otra, esto es, que corresponde al Poder Judicial tanto la interpretación de la Constitución como la interpretación de la ley (*no existe intérprete privilegiado de la Constitución*)<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> Aquí, conviene advertir que Kelsen emplea el término “interpretación auténtica” en un sentido diferente de lo habitual. En el lenguaje jurídico clásico, «la interpretación auténtica es la que emana del propio autor del acto; la interpretación que sólo él tiene el derecho de otorgar. Tal prerrogativa exclusiva se justifica por dos argumentos: por una parte, aquel que ha promulgado el acto, el legislador por ejemplo, es quien mejor conoce su significación; por otra, el poder de determinar la significación del acto permite sobre todo rehacerlo, de suerte que autorizar a alguien distinto del legislador a interpretar la ley volvería a transferirle el poder legislativo», TROPER, M., *La Filosofía del Derecho*, cit., pp. 104 y 105.

<sup>348</sup> KELSEN, H., *The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamentals problems (With a supplement)*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, p. XV.

<sup>349</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 79 y 80.

<sup>350</sup> POZZOLO, S. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, cit., p. 345.

De lo anterior, parece sugerirse que la especificidad de la interpretación de la Constitución en el modelo concentrado queda verificada en que la tarea de interpretar la Constitución corresponde de manera exclusiva al Tribunal Constitucional, que éste no puede interpretar más que la Constitución; no le corresponde, por ejemplo, la interpretación de la ley. Sobre lo primero, se olvida que en muchos sistemas constitucionales de Europa continental y los sistemas influenciados (Italia, España, Perú) se faculta a los jueces comunes de manera expresa a interpretar (vía excepción) la Constitución. En estos casos, el juez ordinario se convierte en verdadero intérprete (aunque no típico) de la Constitución, y es que «[t]odo juicio sobre la fundamentación o no fundamentación de una cuestión de legitimidad constitucional supone de hecho la interpretación de la Constitución»<sup>351</sup>. Más aún, afirmar que la especificidad se verifica únicamente porque existe un órgano expreso, exclusivo y concentrado para interpretar la Constitución (Tribunal Constitucional) podría significar que lo mismo se diga del modelo difuso en el que la interpretación *última* de la Constitución (la que adquiere mayor relevancia) también es realizada por un órgano expreso, reducido y acaso no concentrado (Corte Suprema). En cuanto a lo segundo, conviene señalar que en cada juicio de control de la constitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución sí, pero no se limita a ella, pues el Tribunal interpreta tanto la Constitución como la ley. Entonces, no es el juez ordinario el intérprete exclusivo (aunque si típico) de la ley. Por tanto, no se podría sustentar la especificidad en estos motivos<sup>352</sup>.

#### 4.3. La peculiaridad de las técnicas interpretativas

Sobre la problemática del método de la interpretación de la Constitución existe una postura bastante difundida que entiende que la interpretación de las disposiciones constitucionales se equipara a la interpretación de la ley, por tanto, requiere también del método jurídico tradicional<sup>353</sup>. El fundamento de esta tesis, se deriva básicamente de su oposición declarada al *método científico–espiritual* que se caracteriza por la interpretación de la Constitución en

---

<sup>351</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 80.

<sup>352</sup> Más concretamente, se ha señalado que la idea de que la interpretación de la Constitución (sea como actividad o sea como resultado) difiere por razón del sujeto de la interpretación de los demás textos jurídicos debe ser rechazada, BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 105.

<sup>353</sup> FORSTHOFF, E., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. de L. Riepert y C. Amirante, del original: *Rechtstaat im wandel* (1964), Milano: Giuffrè, 1973, pp. 195-232. De modo similar, se ha señalado que «sólo si la interpretación de la Constitución se equipara a la interpretación de la ley, es posible reclamar su valor jurídico», BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 92.

base a valores materiales. Así, señala que el método científico–espiritual (de la jerarquía de valores) vuelve inseguro el derecho constitucional, disolviendo la ley constitucional en la casuística<sup>354</sup>. Desde otra perspectiva, en cambio, se sostiene que dado el carácter normativo de la Constitución su interpretación se inicia sobre los mismos criterios con los que se interpreta cualquier texto jurídico y sólo después adquiere un aspecto peculiar. Es decir, las técnicas tradicionales de la interpretación jurídica (literal, histórico, lógico y sistemático) son necesarias, sirven de base para interpretar la Constitución, pero no son suficientes, pues requieren ser completadas con otras técnicas<sup>355</sup>.

Sobre esta base, según la teoría de la interpretación que se adopte uno o más criterios serán más importantes y visibles que otros. Por ejemplo, para realizar la labor interpretativa de la Constitución según los postulados de la teoría integral (como detallaré en la sección segunda del Capítulo II) se aconseja contemplar la operatividad conjunta o simultánea de los métodos literal y sistemático<sup>356</sup>, de *un lado*, porque el contenido de una disposición constitucional «no puede por lo regular realizarse sobre la sola base de las pretensiones contenidas en la norma (sobre todo expresadas en forma de un texto lingüístico), y ello tanto menos cuanto más general, incompleto e indeterminado se halle redactado el texto de la norma»<sup>357</sup>; y, de *otro lado*, porque toda decisión interpretativa debe ser congruente con la idea de sistema jurídico al que ella pertenece. Ésta relación sería ínsita a la actividad interpretativa, pues no se entiende una interpretación sistemática sin la previa utilización del criterio literal.

---

<sup>354</sup> FORSTHOFF, E., *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 224.

<sup>355</sup> De modo similar se ha señalado que «[l]a diferencia entre la interpretación de la Constitución y de la ley no reside en que las reglas de interpretación de ésta última no valen para la primera, sino en que tales reglas son condición necesaria y suficiente para la interpretación de la ley, en tanto que son condición necesaria pero no suficiente para la interpretación de la Constitución. Pero son condición necesaria, y en cuanto tal dichas reglas tienen que ser tomadas en consideración», PÉREZ ROYO, Javier., *Curso de Derecho constitucional*, cit., p. 105.

<sup>356</sup> Esta consideración no excluye la relación entre estos métodos y los otros, pues, tal relación resulta inevitable. En efecto, este entrelazamiento se manifiesta «en la práctica, en parte como algo materialmente imprescindible, en parte como consecuencia de una fallida conciencia del método. Muchas veces está amalgamado confusamente el *aspecto histórico* con presuposiciones de índole genética y, llevado por la idea de “univocidad”, también con las teleológicas. Para la selección de entre una sistemática de los textos de la norma, requiere el “*tópos*” *sistemático* puntos de vista auxiliares y suplementarios que sólo pueden lograrse a través de la interpretación gramatical», MÜLLER, F., *Arbeitsmethoden Des Verfassungsrechts - Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico)*, trad. de S. Gómez de Arteche y Catalina, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 271.

<sup>357</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, cit., p. 53.



Ahora, es verdad que existen otros criterios que se suelen presentar como específicos para la interpretación de la Constitución los llamados “principios” de la interpretación de la Constitución: unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la eficacia integradora, la corrección funcional y la fuerza normativa de la Constitución<sup>358</sup>; sin embargo, se sostiene que si se examina con detenimiento esta propuesta, «sólo el principio de corrección funcional merecer ser destacado como peculiar en el terreno de la interpretación constitucional. Los demás principios pueden subsumirse perfectamente en las reglas tradicionales de interpretación»<sup>359</sup>. Más aún, se enfatiza que el principio de corrección funcional pretenda recoger un contenido que pueda considerarse singular tampoco permite avanzar demasiado en la tarea interpretativa de la Constitución, pues el mismo hecho de que el juez no pueda imponer al legislador restricciones que el texto constitucional no lo señala, sólo pueden ser determinadas –precisamente– interpretando la Constitución, con lo que, se regresa al punto de partida; esto es, a cómo debe el juez constitucional interpretar la Constitución<sup>360</sup>.

En tanto, desde otra perspectiva se señala que carece de sentido sustentar la especificidad de la interpretación de la Constitución en el uso de determinadas técnicas interpretativas. En efecto, se sostiene que si la interpretación de la Constitución supone la atribución de “significado” a una disposición constitucional no parece que la especificidad de la interpretación de la Constitución respecto de la interpretación de los demás textos jurídicos se verifique en el uso de determinadas técnicas interpretativas; la “única” especificidad que

---

<sup>358</sup> Ídem, pp. 67-70.

<sup>359</sup> FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 41. Así, se señala que «el principio de *unidad de la Constitución* no es más que el viejo principio de la interpretación sistemática. El principio de la *concordancia práctica* es consecuencia, como el propio Hesse reconoce, del principio de unidad aplicado al problema de las colisiones entre diversos bienes jurídicos, por lo que seguimos en el terreno de la regla clásica de la interpretación sistemática. Por su parte, el principio de la *eficacia integradora* no es más que un ejemplo concreto de aplicación del argumento teleológico: debe leerse la Constitución de modo que se consiga una de las finalidades que persigue, a saber, la unidad política. En fin, el principio de la *fuerza normativa* de la Constitución no parece que tenga nada de especial: toda norma debe aplicarse de modo que se obtenga su máxima eficacia, dentro de lo posible», Ídem, p. 41. Vid. también ASÍS ROIG, R. de, “La interpretación de la Constitución, cit., pp. 292 y 293.

<sup>360</sup> FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 41 y 42. En el fondo, lo que se quiere sostener con este principio es que «el juez debe interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones acerca de la ley no socaven el sistema de relaciones institucionales que en una democracia representativa deben regir entre Parlamento y juez constitucional», Ídem, p. 42.

podría verificarse es en relación con el uso de las *técnicas argumentativas*, que de ser el caso, se trataría de una peculiaridad de carácter contingente, es decir, no necesaria<sup>361</sup>.

#### **4.4. Los efectos (o consecuencias) especiales de la interpretación de la Constitución**

Se suele afirmar que las decisiones interpretativas del juez constitucional tienen *especial* relevancia jurídica, política, económica y social. Lo primero que habría que señalar es que no toda aplicación del contenido significativo de la disposición constitucional produce efectos especiales, y segundo que la aplicación del contenido significativo de la disposición legal también tiene especiales consecuencias jurídicas, políticas, económicas y sociales y que en ocasiones incluso pueden ser de proporciones mayores, aunque son aspectos que en mayor medida caracterizan a la aplicación de las (normas) constitucionales. En cualquier caso, si bien existe una relación intrínseca entre interpretación y aplicación (y por tanto la cuestión es problemática), lo que se evidencia, es que los efectos especiales derivan de la aplicación del contenido significativo de la disposición constitucional y no de la interpretación de la disposición en estricto. De nuevo se trataría de una relación contingente (no necesaria). Por tanto, la pretendida especificidad de la interpretación de la Constitución basada en las consecuencias especiales de las decisiones interpretativas no se da.

#### **4.5. La ausencia de referencia normativa superior de la Constitución**

La Constitución del Estado constitucional carece de una referencia normativa superior de Derecho positivo. No hay disposición jurídica alguna (objeto lingüístico) de nivel superior al constitucional que señale cuál es (o debe ser) el significado de las disposiciones de la Constitución. De todo esto se sigue que la especificidad (o “alguna” especificidad) de la interpretación de la Constitución respecto de los demás textos jurídicos queda verificada en el uso o la construcción de algún modelo de interpretación que dé cuenta de todos estos aspectos al momento de realizar la interpretación de la Constitución, lo que lo convierte en un objeto particular de la interpretación del Derecho. Esto, por cierto no ocurre con las disposiciones infraconstitucionales que si tienen referencia normativa positiva, pues pueden (o deben) ser interpretadas conforme a la Constitución.

---

<sup>361</sup> POZZOLO, S. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, cit., pp. 345 y 346.

No obstante, se ha expresado –aunque admitiendo que es una propuesta problemática– que ésta cuestión podría ser superada o eliminada mediante el establecimiento de una relación jerárquica entre las disposiciones constitucionales o mediante la remisión de las mismas a los instrumentos internacionales (tratados)<sup>362</sup>. Sobre lo primero, habría que señalar que sólo es posible establecer una jerarquía entre disposiciones constitucionales a través de otra disposición constitucional que requiere también de la interpretación, por lo tanto, se sigue en el mismo problema de la ausencia de referencia normativa positiva de ésta última. Sobre lo segundo, no me detendré en la vieja discusión de la supremacía del Derecho interno o del Derecho internacional, únicamente mencionaré que en la mayor parte de los sistemas constitucionales los tratados forman parte del Derecho interno (sea con rango constitucional o sea con rango legal), por lo tanto, el problema subsiste. En todo caso, si este problema fuese trasladado al nivel del Derecho internacional llegado el momento el órgano de la decisión última se encontrará ante el mismo problema (ante la ausencia de norma positiva superior).

## **5. La configuración peculiar del objeto “Constitución”**

Llegado hasta aquí, se puede afirmar que la adopción del modelo del Estado constitucional implica entre otras cosas, «la defensa de la tesis de la especificidad de la interpretación [de la Constitución] respecto de la interpretación del material normativo infraconstitucional»<sup>363</sup>, ello debido fundamentalmente a su peculiar modo de configuración del objeto Constitución. Pero merece insistir en las preguntas ¿en qué consiste –si es que existe– la especificidad de la interpretación de la Constitución? ¿qué distingue (suponiendo que algo la distinga) la interpretación de la Constitución de la interpretación de cualquier texto normativo, en particular, de la interpretación de la ley?<sup>364</sup>. A la luz de las características ya señaladas, creo que la especificidad de la interpretación de la Constitución con relación al resto de las disposiciones del ordenamiento jurídico queda verificada tanto por su contenido normativo (especificidad de grado) cuanto su posición jerárquica (especificidad de naturaleza).

---

<sup>362</sup> ASÍS ROIG, R. de, “La interpretación de la Constitución, cit., p. 294.

<sup>363</sup> POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 76.

<sup>364</sup> GUASTINI, R., “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, cit., p. 169. Vid. también POZZOLO, S. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, cit., p. 339.

En efecto, el Estado constitucional es un modelo de Estado específico que configura el objeto Constitución con una elevada o considerable cantidad de principios (un alto número de principios). De este modo, lo que condiciona al enfoque de la interpretación de la Constitución es el factor *cuantitativo* de principios existentes en la misma, esto es, el carácter fundamentalmente principialista de la Constitución que se caracteriza por el mayor grado de generalidad respecto de las disposiciones subconstitucionales. A una conclusión similar parece arribar Cuenca Gómez cuando sostiene que «aunque la ubicación sistemática de la norma constitucional confiere a la interpretación constitucional un cariz especial, los argumentos de la indeterminación y de la presencia de valoraciones sólo suponen una diferencia cuantitativa entre la interpretación de un enunciado constitucional y la interpretación de cualquier otro enunciado jurídico»<sup>365</sup>. Bien, si esto es así la adopción del enfoque interpretativo de la Constitución no puede ser ciertamente un enfoque meramente formal o legalista atribuible (con razón o no) al positivismo jurídico, sino uno que atienda estrictamente a su contenido<sup>366</sup>.

Y de otro lado, en la medida en que la Constitución del Estado constitucional constituye la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, carece de referente normativo superior de Derecho positivo que le posibilite la atribución de significado a sus disposiciones; de lo que se sigue que el uso o la construcción de algún modelo de interpretación que dé cuenta de estos aspectos para realizar la actividad interpretativa de la Constitución se convierte en específica (o especial) en relación con la interpretación de los demás textos jurídicos. Se trata pues de una especificidad *cualitativa* que se deriva precisamente de la posición que ocupa la Constitución en el orden jurídico.

Una vez admita la especificidad de la interpretación de la Constitución en relación con los demás preceptos subconstitucionales, conviene preguntar ¿y en qué consiste la actividad interpretativa de la Constitución?. Para responder esta cuestión se requiere previamente analizar las diversas teorías de la interpretación, ya que la actividad interpretativa depende en exclusiva de la teoría de la interpretación que se maneje. En ese sentido, en el capítulo siguiente analizaré a detalle las diversas teorías de la interpretación de la Constitución

---

<sup>365</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 449.

<sup>366</sup> POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 76.

## **CAPÍTULO II**

### **MODELOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

El análisis de los diversos modelos de la interpretación de la Constitución exige conocer previamente algunos aspectos que se relacionan con el fenómeno interpretativo. En efecto, habiendo afirmado que la interpretación de la Constitución *siempre* es necesaria, incluso en los supuestos de claridad de la expresión lingüística de la disposición jurídica, es preciso responder ¿en qué consiste la interpretación de la Constitución?, esto es importante, porque dependiendo de la opción que se elija se podrá concebir si interpretar es *descubrir* el significado de una disposición constitucional o, si por el contrario, es *crear* el significado de la misma o, si en todo caso, la interpretación supone la concurrencia de ambas opciones. En líneas generales, la primera de las opciones que descansa en una actividad cognoscitiva de la interpretación (teoría cognitiva) entiende que es posible descubrir el significado de una disposición constitucional. La interpretación es una función del conocimiento. En tanto que la segunda de las opciones que descansa en una actividad volitiva de la interpretación (teoría escéptica) entiende que interpretar es crear (elegir o inventar) el significado de una disposición de la Constitución. La interpretación es una función de la voluntad<sup>367</sup>. Pero, existen también otras posturas que entienden que la interpretación consiste en descubrir el significado de la disposición constitucional en unos casos y crear el significado de la misma en otros (teoría intermedia); o, que la interpretación consiste en descubrir y crear a la vez en todos los casos el significado de las disposiciones constitucionales (teoría alternativa). La interpretación es una función del conocimiento y de la voluntad a la vez<sup>368</sup>.

Otro aspecto también importante está referido a la discrecionalidad del juez constitucional al momento de atribuir significado a las disposiciones de la Constitución. De modo similar a lo anterior, según la opción que se siga se podrá definir la discrecionalidad en sentido débil o en sentido fuerte (este aspecto será destacado en la explicación de cada una de las teorías).

---

<sup>367</sup> TROPER, M., *Ensayos de Teoría Constitucional*, cit., p. 37.

<sup>368</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354. Vid. también CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 408 y ss.

Existe discrecionalidad en sentido débil cuando la atribución de significado a una disposición de la Constitución no se realiza de manera mecánica o automática, sino que se requiere de algún tipo de discernimiento por parte del juez<sup>369</sup>. Son los casos típicos en los que –aun cuando la disposición constitucional les ofrece una respuesta– la solución no es obvia, sino que se requiere algún grado de discernimiento en el intérprete. Dicho de otro modo, la idea de discreción en sentido débil alude a la «necesidad de juicio y discernimiento para identificar la respuesta jurídica correcta cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente»<sup>370</sup>.

Existe discrecionalidad en sentido fuerte cuando en la atribución de significado a una disposición de la Constitución el juez «no se encuentra vinculado por estándares impuestos por la autoridad»<sup>371</sup>, es decir, que no existe disposición jurídica alguna que lo limite, por lo que puede elegir «entre diferentes cursos de acción igualmente válidos o admisibles. Este sentido de discreción presupone la existencia de un ámbito en el que el Derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión»<sup>372</sup>. Son los casos típicos en los que el juez –debido a la indeterminación del Derecho– no se encuentra vinculado por el Derecho, en estos casos el juez debe crear Derecho sobre la base de cualesquiera criterios (incluso) extrajurídicos.

Con base en esto, ocurre por ejemplo que el deber de fallar conforme a Derecho resulta incompatible con la noción de discreción fuerte precisamente por la propia definición de la idea de discreción fuerte, y ello es así, porque «la obligación de resolver los conflictos mediante el Derecho requiere, no sólo que el Derecho prevea alguna respuesta correcta, sino, además, que ofrezca razones o criterios de selección entre diferentes alternativas jurídicas válidas. De lo contrario, es el órgano judicial el que debe constituir las razones que justifican tal elección»<sup>373</sup>. Ahora bien, existe sin embargo alguna objeción que sostiene que el proceso de la interpretación no tiene lugar en la discrecionalidad en sentido fuerte, toda vez que

---

<sup>369</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 84.

<sup>370</sup> IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid: CEPC, 1999, pp. 26 y 27.

<sup>371</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 85.

<sup>372</sup> IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., pp. 28 y 29.

<sup>373</sup> Ídem, p. 34.

interpretar es diferente a crear. Así, se señala que el que crea no interpreta, sólo crea<sup>374</sup>. No obstante, desde otra perspectiva se ha dicho que la creación del Derecho en sentido fuerte si parece justificarse a nivel de la interpretación desde que se entiende que «[l]a interpretación traspasa uno y otro lado de la división entre identificación del Derecho existente y creación de nuevo Derecho», es decir, en realidad parece que esta distinción no se aplica (o no puede aplicarse), porque «sea que algunas veces identifiquen el Derecho tal como es y otras veces hagan nuevo Derecho, los tribunales, parece ser, siempre lo interpretan»<sup>375</sup>.

### **SECCIÓN PRIMERA: Teorías de la interpretación de la Constitución**

El análisis de las teorías de la interpretación de la Constitución está referido al análisis del discurso de la interpretación de la misma, es decir, a la descripción o explicación de los diversos enfoques interpretativos que se utilizan (o que sirven) para desarrollar, materializar o concretizar los contenidos normativos que exponen las disposiciones de la Constitución. He señalado que la interpretación de la Constitución depende de la configuración del objeto Constitución. De manera más concreta, «[s]egún sea lo que se entienda por “Constitución”, se derivarán diferentes modos de entender la interpretación de la Constitución»<sup>376</sup>.

En ese sentido, dado que he señalado que la Constitución del Estado constitucional actual es una Constitución (predominantemente) escrita y normativa y que es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, en esta sección primera analizaré sobre las diversas teorías de la interpretación de la Constitución y precisaré si fuera posible cuál de ellas permite explicar mejor el contenido de las disposiciones de la Constitución. Existe en la literatura jurídica una clasificación bastante difundida que si bien describen o explican la interpretación del Derecho en general han sido utilizados también para explicar o informar la interpretación de la Constitución<sup>377</sup>. Según esta clasificación, la interpretación de la Constitución se puede explicar a partir de tres teorías o “familias de teorías”: *cognitiva*,

---

<sup>374</sup> Así por ejemplo, Ródenas sostiene que «por más que la interpretación se entienda como una actividad con un amplio abanico de posibilidades de juego, cabe concebir un punto en el que la baraja queda rota y no se puede seguir hablando de actividad interpretativa, sino de creación discrecional de Derecho», RÓDENAS, Á., *Los intersticios del Derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 15.

<sup>375</sup> RAZ, J., “¿Por qué interpretar?”, trad. de R. Tamayo y Salmorán, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM-Fontamara, Núm. 5, 1996, p. 26.

<sup>376</sup> COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho*, cit., p. 116.

<sup>377</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, cit.

*escéptica e intermedia*<sup>378</sup>. En los últimos años se ha propuesto agregar a esta clasificación tripartita una cuarta teoría, denominada teoría *alternativa*<sup>379</sup>.

Ahora bien, en líneas generales, el análisis de las diferentes teorías de la interpretación de la Constitución exige la adopción de una determinada teoría del Derecho, pues se ha dicho que las teorías de la interpretación de la Constitución «presuponen, de hecho, una determinada teoría respecto a la naturaleza del Derecho»<sup>380</sup>, o lo que es lo mismo, toda teoría de la interpretación de la Constitución descansa también en una determinada teoría del Derecho<sup>381</sup>. Así por ejemplo, se ha dicho que «la concepción cognitiva suele desenvolverse dentro de una posición que subraya el elemento racional dentro del concepto de Derecho mientras que la concepción escéptica normalmente maneja un concepto de Derecho en términos de voluntad»<sup>382</sup>. Otras teorías como la teoría intermedia en cambio manejan los dos elementos, el elemento racional en unos casos y el elemento volitivo en otros y, la teoría alternativa maneja la combinación de ambos elementos en todos los casos.

Y, en términos específicos, el análisis de las diversas teorías de la interpretación de la Constitución exige también la adopción, entre otras cosas, de una concepción sobre la determinación o indeterminación del Derecho, sobre la vinculación o discrecionalidad del juez al interpretar las disposiciones constitucionales (cuestiones de validez) así como sobre la corrección de las decisiones interpretativas (cuestiones de corrección). No me detendré a realizar un estudio detallado sobre estos aspectos, sólo serán abordados mínimamente o, en todo caso, se darán por presupuestos en la descripción y explicación de cada una de las diversas teorías.

## **1. La teoría cognitiva (o cognoscitiva)**

La teoría cognitiva sostiene que la interpretación es una actividad (puramente) cognoscitiva (es decir, un acto de conocimiento o del conocimiento) que consiste en *descubrir, verificar,*

---

<sup>378</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 13. Conviene anotar, que este autor posteriormente y asumiendo una posición autocrítica ha señalado de manera expresa que la clasificación tripartita de las teorías de la interpretación es *equivocada*: la teoría cognitiva y la teoría escéptica son teorías excluyentes entre sí, no hay lugar para una tercera teoría y, la teoría intermedia es en realidad una versión de la teoría cognitiva, GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 122.

<sup>379</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema mixto*, cit., pp. 408 y ss.

<sup>380</sup> MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 185.

<sup>381</sup> ASÍS ROIG, R. de, “La interpretación de la Constitución”, cit., p. 289.

<sup>382</sup> Ídem, p. 288.



o *conocer* el “único” y “verdadero” significado propio, preexistente o determinado de las disposiciones de la Constitución<sup>383</sup>. Según esta perspectiva el juez constitucional en su labor de interpretación de la Constitución descubre, constata o expone a través de un mero acto de conocimiento (y no uno de voluntad u otra actuación) que la expresión lingüística constitucional “T” significa S, en el que “T” es el texto constitucional (disposición) y S es el significado constitucional (norma).

La teoría cognitiva se basa en la idea de la determinación total del Derecho (es decir, el Derecho es totalmente determinado) lo que supone: *primero*, que las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución poseen o incorporan un “único” significado propio e intrínseco<sup>384</sup>, es decir, que las disposiciones de la Constitución tienen (siempre) un “único” significado objetivo y determinado, y *segundo*, que el Derecho (todo sistema jurídico) es necesariamente pleno (es decir, carente de lagunas) y coherente (es decir, carente de antinomias), lo que implica que toda decisión interpretativa cae (o se corresponde) siempre en (o con) un significado preexistente<sup>385</sup>.

Es sobre esta base que la teoría cognitiva entiende que la interpretación de la Constitución consiste únicamente en descubrir, reproducir o sacar a la luz el “único” y “verdadero” significado de la disposición constitucional. Y, dado que la interpretación consiste únicamente en descubrir o reproducir el Derecho oculto y preexistente no hay espacio alguno para la discrecionalidad en sentido fuerte del juez constitucional, lo más que puede ejercer es discrecionalidad en *sentido débil*, pues como he dicho «las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes»<sup>386</sup>. En otras palabras, de acuerdo a esta teoría, el juez no decide el significado, éste preexiste (“ex ante”) a la interpretación, el juez sólo lo descubre (no crea nada nuevo). De todo lo anterior, se sigue que la teoría cognitiva impone a los jueces constitucionales un código hermenéutico, según el cual la atribución de significado del texto constitucional supone la verificación (o la

---

<sup>383</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 13. Vid. también GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 121. CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 161.

<sup>384</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 13.

<sup>385</sup> Ídem, p. 14.

<sup>386</sup> Ibidem.

reproducción) del Derecho preexistente (oculto, pero “preexistente) por parte del juez constitucional<sup>387</sup>.

Ahora bien, si como he manifestado que según la teoría cognitiva, la interpretación consiste únicamente en descubrir el significado unívoco y preconstituido de las disposiciones de la Constitución (es decir, que no consiste en una decisión o valoración sobre el significado de las mismas)<sup>388</sup>, el enunciado interpretativo “T” significa S pertenece al ámbito del discurso descriptivo, pues sólo informa o describe (no recomienda ni prescribe) el significado del texto constitucional; por tanto, son proposiciones normativas que poseen valores de verdad (pueden ser verdaderos o falsos)<sup>389</sup>. Dicho en otras palabras, en tanto que los enunciados interpretativos expresan sólo aserciones, declaraciones o informaciones sobre el significado de la disposición constitucional (y no alguna expresión de la voluntad del juez) de ellos se puede predicar valores de verdad<sup>390</sup>: es decir, puede comprobarse la veracidad o falsedad de los enunciados interpretativos, por tanto, es posible que existan (o puedan existir) enunciados verdaderos o enunciados falsos.

Al respecto, se ha señalado que la veracidad empírica del enunciado sería evidente, porque si el juez descubre el significado, descubre el significado que es, no el significado que no es<sup>391</sup>. Es pues sobre esta base, es decir, sobre la base de que los enunciados interpretativos están dotados de valores de verdad (tienen valor veritativo o asertivo) que la teoría cognitiva sostiene que existe un “único” y “verdadero” significado preexistente a todas las disposiciones de la Constitución, por lo que no se duda en señalar que «para todo texto normativo existe una, y sólo una, interpretación verdadera, siendo todas las demás falsas»<sup>392</sup>. Por tanto, es posible concluir que para esta teoría el producto de la interpretación, esto es, la norma que describe o expone el significado “real” de la disposición es (siempre) un

---

<sup>387</sup> Describe Chiassoni que la idea del respeto al texto (de la Constitución) desde la perspectiva cognitiva «se presenta como un ideal plenamente realizable», a condición de que se adopte el código hermenéutico que permita descubrir el significado de la disposición constitucional, CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 161.

<sup>388</sup> Ibidem.

<sup>389</sup> GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., p. 39.

<sup>390</sup> ROSS, A., *Lógica de las normas*, trad. de J.S.P. Hierro, Granada: Comares, 2000, p. 1.

<sup>391</sup> GRAY, J.CH., *The nature and sources of the Law*, Aldershot: Ashgate, reimpresión a la 2da. edición 1921, 1997, p. 62.

<sup>392</sup> GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., p. 39.

significado “verdadero”. Pero además de ser verdadero, este significado, según alguna versión de esta teoría cognitiva, sería justo o correcto.

En efecto, en la teoría cognitiva puede también identificarse a diversas versiones de esta, y que si bien los planteamientos de cada una de ellas son diferentes exponen una posición común, la de negar la capacidad creativa en sentido fuerte del juez constitucional. Entre las más importantes se pueden considerar a la teoría cognitiva clásica y la teoría cognitiva contemporánea. La primera concibe a la interpretación como una actividad que consiste en descubrir el significado preexistente de las disposiciones de la Constitución, bajo la idea de que la aplicación del Derecho es una actividad puramente mecánica, deductiva o lógica, mientras que la segunda, sin dejar de ser cognitiva (aunque se aleja de la versión clásica de la teoría cognitiva), pero tampoco sin llegar a ser una teoría escéptica entiende que la interpretación es una práctica jurídica esencialmente argumentativa en la que es posible un encontrar un único y verdadero significado de las disposiciones de la Constitución y que ese significado es además correcto para cada caso. En lo que sigue, analizaré de manera detallada ambas versiones de la teoría cognitiva.

### **1.1. La teoría cognitiva clásica y la interpretación formalista de la Constitución**

La versión clásica de la teoría cognitiva es la tesis que el primer positivismo jurídico (o el positivismo decimonónico) hereda de la ilustración y lo instituye para la interpretación de la ley, aunque también sirve para explicar la interpretación de la Constitución, y ello es así, porque –como detallaré– fue desarrollada también en los sistemas constitucionales que contemplaban a la Constitución como norma jurídica. Inclusive –como también detallaré– existen en la actualidad algunas voces que se inclinan por seguir este modo de interpretar la Constitución. La doctrina iluminista –como se sabe– asume una concepción fuerte de la exigencia de claridad de las leyes<sup>393</sup>; para este modo de ver las mejores leyes son las que no necesitan ser interpretadas<sup>394</sup> y de esa manera busca convertir al juez en mero instrumento de aplicación del texto expreso de la ley (y con ello, evitar que se suplante la voluntad del legislador).

---

<sup>393</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 339.

<sup>394</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 29.

En efecto, según el iluminismo quien tiene que interpretar la ley sobre todo en los casos excepcionales es el propio legislador (el legitimado para crear Derecho) y no el juez<sup>395</sup>. Este último es un mero aplicador del Derecho. La idea de que el juez es un mero instrumento de aplicación del texto expreso de la ley sería de exclusiva (o absoluta) responsabilidad de Montesquieu y Blackstone<sup>396</sup>. Así, es bastante conocida la idea de Montesquieu en el sentido de que las decisiones del juez deben ser fijas, es decir, «deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella»<sup>397</sup>, lo que significa que los jueces deben únicamente limitarse a identificar el sentido del texto expreso de la ley y no a imponer su voluntad (un juicio de valor sobre la ley); de este modo, según esta concepción los jueces no son más que «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»<sup>398</sup>. Y de otro lado, es también bastante conocida la idea de Blackstone en el sentido de que los jueces no crean Derecho, sino sólo declaran el Derecho: el juez «no ha sido delegado para pronunciar Derecho nuevo, sino para mantener y exponer el Derecho viejo»<sup>399</sup>.

Pues bien, lo que hace el positivismo primitivo es alejarse de la doctrina iluminista y admite la posibilidad de la interpretación judicial de las leyes, al menos, en ciertos casos (los casos excepcionales)<sup>400</sup>. Así, la visión de la interpretación que se maneja quedará expresada en el apotegma jurídico “*in claris no fit interpretatio*” entendido en su sentido actual que ante una disposición clara y expresa no se requiere de la interpretación<sup>401</sup>, de lo que se sigue que si podía realizar la interpretación en los casos de duda acerca del significado de la ley. No obstante, el positivismo primitivo mantendrá las líneas básicas del iluminismo al concebir la actividad interpretativa como una labor meramente intelectual y negar cualquier forma de actitud creativa por parte del juez<sup>402</sup>. Así, se ha señalado que si bien «la doctrina iluminista y el positivismo primitivo comparten la concepción mecánica de la función judicial, discrepan

<sup>395</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 339.

<sup>396</sup> HART, H.L.A., *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires: Depalma, 1962, 30.

<sup>397</sup> MONTESQUIEU., *Del Espíritu de las leyes*, cit., p. 177.

<sup>398</sup> Ídem, p. 183.

<sup>399</sup> BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, London: Strahan, Vol. I, 16ta. edición, 1825, p. 69.

<sup>400</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 29.

<sup>401</sup> TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., p. 33.

<sup>402</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 341.

en algunos aspectos esenciales en lo que respecta a la caracterización de la actividad interpretativa»<sup>403</sup>.

Con lo anterior, la versión clásica de la teoría cognitiva sostiene que la interpretación es «una actividad estrictamente declarativa o reproductiva de un Derecho preexistente, es decir, en el conocimiento puramente pasivo y contemplativo de un objeto dado previamente»<sup>404</sup>. Dicho de otro modo, la interpretación es una actividad que consiste en «descubrir significados preexistentes, contemplando la aplicación del Derecho como una función puramente lógica, deductiva o mecánica»<sup>405</sup>, de lo que se sigue que la labor del juez queda reducida a la aplicación puramente declarativa, reproductiva, mecánica o contemplativa del Derecho, exenta de juicios de valor (de la aplicación) de la ley que se manifiesta a través de un procedimiento lógico-deductivo (silogismo) en el que el juez se limita a identificar la ley aplicable (premisa mayor) al caso concreto (premisa menor) y derivar de ella la consecuencia jurídica (sentencia)<sup>406</sup>.

Este modo de concebir la interpretación del Derecho es un rasgo característico de lo que se conoce como el “formalismo jurídico”<sup>407</sup>. Según los planteamientos formalistas, «[e]l objetivo perseguido en la decisión judicial no es tanto la búsqueda de una solución justa del conflicto planteado, a la luz de los méritos sustantivos de las posiciones enfrentadas cuanto la preservación de la estructura lógica de las normas», lo que interesa fundamentalmente es la «aplicación matemática de las premisas establecidas a fin de preservar la simetría lógica

---

<sup>403</sup> Ídem, p. 339.

<sup>404</sup> BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, del original: *Il positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993, p. 215. En otro momento Bobbio señala que el positivismo jurídico clásico concibe a la actividad del juez «no como algo destinado a *producir*, sino a *reproducir* Derecho, esto es, a hacer explícito con medios puramente lógico-rationales el contenido de unas normas jurídicas dadas», Ídem, 216.

<sup>405</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 339.

<sup>406</sup> En otros términos explica Troper que en la concepción revolucionaria pero también en la napoleónica «[j]uzgar, en efecto, es aplicar la ley a un litigio de manera puramente mecánica. El juez establece un silogismo cuya premisa mayor es la ley; la menor, el hecho y la conclusión, la sentencia. En la medida en que las dos premisas le son dadas al juez, se comprende por qué los hombres del siglo XVIII quieren que el poder de juzgar sea, según la fórmula de Montesquieu, “en cierto modo nulo”», TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 212.

<sup>407</sup> En líneas generales, el formalismo concibe al sistema jurídico como un cuerpo de *principios inmutables*, capaces de ofrecer una solución coherente a cualquier caso que se plantee. Es decir, tales principios actúan a modo de puntos fijos a partir de los cuales el juez decide de manera mecánica (o automática) mediante procesos deductivos impecables desde un punto de vista lógico. En ese sentido, la labor del juez consiste únicamente en ubicar el caso dentro del principio aplicable y luego deducir de él la solución al caso con una precisión predicable de los cálculos matemáticos. La labor del juez es pues una labor puramente mecánica, SOLAR CAYÓN, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 2005, pp. 69 y 70.

de la arquitectura conceptual jurídica»<sup>408</sup>. El formalismo jurídico alcanzó mayor notoriedad en Francia, pero también fue implantado y desarrollado en otros sistemas jurídicos dando lugar a la formación de varios formalismos. En Francia, bajo la influencia del principio de separación de poderes y la de la ley como la expresión de la voluntad general del pueblo<sup>409</sup> que es la base de la supremacía política parlamentaria (es decir, la primacía del Parlamento sobre el Ejecutivo y el Judicial, por tanto, también la supremacía jurídica de la ley) se desarrolla una gran labor de codificación del Derecho cuyo principal propósito es la de ser «una obra legislativa *cerrada, acabada, no necesitada de explicación, que responde a todos los problemas jurídicos posibles*»<sup>410</sup>.

La expresión máxima de esta concepción lo constituye el Código Civil de 1804 (o Código de Napoleón), y con él la aparición de la Escuela de la Exégesis cuyos planteamientos sobre la actividad interpretativa del Derecho por los jueces básicamente son: *i)* el juez es un mero aplicador del Derecho legislado (todo el Derecho está constituido por el Derecho legislado), *ii)* el juez está sometido a los valores expresados por el propio Derecho (el juez no puede asumir una función creadora del Derecho), *iii)* el Derecho es pleno y coherente (es decir, el Derecho carece de lagunas y antinomias), y *iv)* el legislador es un ser racional que puede prever (anticipar) una solución jurídica a todas situaciones posibles (no hay casos no regulados por el Derecho)<sup>411</sup>.

La idea formalista fue desarrollada y aplicada también en Alemania a través de la llamada jurisprudencia de conceptos, teniendo como uno de sus máximos exponentes a Ihering (el primer Ihering). Esta escuela concebía la existencia en el sistema de una (vasta) pirámide de conceptos contruidos según las reglas de la lógica formal en el que el concepto superior condiciona el contenido del concepto inferior. Sobre esta base, la función judicial consistía sólo en descubrir el contenido de los conceptos y no en crear Derecho<sup>412</sup>. Asimismo, este modo de entender la interpretación y aplicación del Derecho también tuvo lugar en el

---

<sup>408</sup> Ídem, p. 70, las dos citas.

<sup>409</sup> ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, cit., p. 41.

<sup>410</sup> KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda, del original: *Rechtsphilosophie* (1997), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 114.

<sup>411</sup> BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., “Sobre el método jurídico tradicional como ficción”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. y otros, *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dikynson, 2006, pp. 603-611.

<sup>412</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, del original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Barcelona: Ariel, 4ta. reimpresión a la edición 1994, 2010, pp. 41 y 42.

Derecho norteamericano (pese a tener sentada ya la idea de la Constitución como norma jurídica), aunque es verdad que llegó tarde y duró poco tiempo<sup>413</sup>. El formalismo jurídico de los EE.UU presente en el siglo XIX y comienzos del siglo XX se caracteriza por defender una concepción fundamentalmente formalista del razonamiento judicial que consiste en un procedimiento simple y mecánico de deducción lógica a partir de premisas prefiguradas, y por tanto, preexistentes al caso planteado<sup>414</sup>. Se concibe a la labor de los jueces como una labor meramente declarativa del Derecho, el juez no crea Derecho, sólo lo declara. En efecto, «[l]a tarea del juez es la de descubrir esa norma que el sistema jurídico necesariamente contiene en su seno para la solución de cualquier caso que se presente. Esta norma puede estar enunciada expresamente o puede hallarse implícita en el desenvolvimiento lógico de los postulados básicos del sistema, pero [que] en todo caso se consideraba preexistente al supuesto planteado»<sup>415</sup>. O dicho en otros términos, la tarea de los jueces es únicamente “ius dicere et non ius dare”, es decir, declarar el Derecho y no crear Derecho. Por tanto, «[e]l juez no tenía supuestamente más discreción para inventar una regla jurídica sobre fundamentos instrumentalistas o preferencias de política jurídica que la que tenía un químico para dictar el resultado de un experimento»<sup>416</sup>; el juez sólo tiene que declarar el sentido del Derecho descubierto.

Así las cosas, se aprecia que los planteamientos señalados comparten un propósito común: el de imponer a los jueces constitucionales una determinada manera de interpretar la Constitución que consiste únicamente en descubrir, conocer o declarar el único y verdadero

---

<sup>413</sup> PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 169. De modo similar Recaséns Siches sostiene: «[e]n aquel ambiente del Common Law en el siglo XIX la concepción mecánica de la función judicial fue la misma que la dominante en los países latinos, donde regía un Derecho codificado y legislado: la subsunción de los hechos que originaron el proceso bajo la norma general, para extraer de ésta, por vía de silogismo, la conclusión que debe formular la sentencia», RECASÉNS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México D.F.: Porrúa, 2da. edición, 1973, p. 208.

<sup>414</sup> Como anota Arjona Sebastià, a partir de las premisas «la lógica resuelve el problema mediante operaciones meramente subsuntivas. El proceso es, en fin, autónomo, ya que se presenta a sí mismo como aislado de cualesquiera otras consideraciones sociales», ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, en HOLMES, O.W., *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, trad. de C. Arjona Sebastià, del original: *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes (1929)*, Madrid: Iustel, 2006, p. 22.

<sup>415</sup> SOLAR CAYÓN, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank*, cit., p. 71.

<sup>416</sup> WIECEK, W.M., *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America 1886-1937*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 7. En otro momento este autor señala que el proceso de decisión en el pensamiento formalista es *categorico*: «si los problemas podían ser asignados a sus casillas conceptuales apropiados, las soluciones se seguirían de manera predecible. Las categorías mismas eran producto de un razonamiento abstracto. Las categorías jurídicas eran apropiadas para procesos de pensamiento que eran jerárquicos y deductivos», Ídem, p. 90.

significado objetivo y preexistente de las disposiciones de la Constitución; o lo que es lo mismo, los jueces constitucionales sólo realizan una tarea intelectual, y por tanto, mecánica, reproductora y declarativa del Derecho, no una actividad volitiva o productora del Derecho; los jueces no poseen ningún grado de discrecionalidad para atribuir significado a las disposiciones de la Constitución. Por sorprendente que parezca, en la actualidad, esta tesis todavía sigue siendo asumida por algún sector de la doctrina, aunque es verdad es un sector solo minoritario. Según este punto de vista, la actividad interpretativa de la Constitución consiste sobre todo en descubrir el significado del texto constitucional. El producto de esta actividad se reconoce como Derecho y es susceptible de ser expuesto y aplicado por los tribunales<sup>417</sup>. En otro momento, se señala incluso más claramente que la actividad interpretativa de la Constitución consiste en «encontrar el significado ya existente en el texto constitucional»<sup>418</sup>.

No obstante, la mayoría de los teóricos positivistas contemporáneos prefieren optar por una concepción distinta a la teoría cognitiva clásica como la teoría escéptica moderada o la teoría intermedia según detallaré más adelante. Sin embargo, existen algunos autores anti-positivistas como Dworkin que sin abandonar la teoría cognitiva entienden que es posible un encontrar un único y verdadero significado de la disposición de la Constitución y que ese significado es además “correcto” para cada caso, aunque es verdad que para descubrir ese significado y luego aplicarlo de manera razonada al caso concreto el juez tenga que ejercer discrecionalidad en sentido débil. En lo que sigue, analizaré de manera detallada los planteamientos de este otro punto de vista de la teoría cognitiva.

## **1.2. La teoría cognitiva contemporánea y la interpretación constructiva**

Afirma Guastini: «algunos puntos de vista ligados a la teoría cognitiva de la interpretación sobreviven, disfrazadamente, en la filosofía jurídica contemporánea; por ejemplo, en la tesis según la cual toda cuestión jurídica admite una y sólo una “respuesta justa”»<sup>419</sup>. Es evidente que esta afirmación se refiere al enfoque interpretativo y valorativo del Derecho de Dworkin y que vendría a ser la versión contemporánea de la teoría cognitiva, por lo que merece

---

<sup>417</sup> WHITTINGTON, K.E., *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent, and judicial review*, Lawrence: University Press of Kansas, 1999, p. 5.

<sup>418</sup> Ídem, p. 7.

<sup>419</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 14.



realizar un análisis de la misma. El tema de la interpretación en la obra de Dworkin se desarrolla sobre la base de la crítica al *Concepto del Derecho* de Hart. Si para éste el Derecho es parcialmente determinado pues existen casos para los que el Derecho no ofrece ninguna solución (lagunas normativas), y que en estos casos, el juez tiene discrecionalidad en sentido fuerte para resolver (o cómo resolver) el caso, para Dworkin en cambio esa tesis es falsa, porque a su modo de ver el Derecho es completo (totalmente determinado) y que siempre existe (o preexiste) una –y sólo una– respuesta correcta para cada caso, por tanto, el juez carece de discrecionalidad en sentido fuerte. En otras palabras, según este punto de vista, la solución para cada caso ya viene impuesta por el Derecho (la solución existe o, mejor preexiste al caso), la tarea del juez consiste únicamente en descubrir la solución para el caso, pudiendo ejercer en esa labor (a lo más) discrecionalidad en sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte. Visto así, se puede afirmar que Dworkin no participa del formalismo jurídico en lo que respecta a la actividad interpretativa del Derecho pues el modelo de la existencia de la única respuesta correcta le exige realizar una labor especial que se contrapone con el silogismo jurídico<sup>420</sup>; sin embargo, si lo hace en el sentido que admite que el juez no crea Derecho, sin que ello –insisto– signifique reducir su actividad a una operación meramente mecánica<sup>421</sup>, pues ejerce discrecionalidad en sentido débil. En lo que sigue, desarrollaré a detalle los planteamientos del debate Dworkin-Hart y la nota distintiva que sobre la interpretación del Derecho ofrece la obra de Dworkin.

La idea central de la determinación total del Derecho implícitamente impugna la errónea idea –según Dworkin– de que el Derecho es un modelo (sólo) de reglas cuya insuficiencia permitiría a los jueces ejercer –en ocasiones– discrecionalidad en sentido fuerte. Según su punto de vista, el Derecho es un modelo de principios *además* de reglas y no un modelo (sólo) de reglas como afirma Hart<sup>422</sup> y, un principio aquí es «una exigencia de la justicia, la

---

<sup>420</sup> CALSAMIGLIA, A., Prólogo a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously* (1977), Barcelona: Ariel, 7ma. reimpresión de la 1ra. edición 1984, 2009, p. 21.

<sup>421</sup> En palabras de Dworkin «un examen superficial de nuestras prácticas basta para demostrarlo, pues hablamos de leyes que cambian y evolucionan, y de obligaciones jurídicas que a veces son problemáticas. De ésta y de otras maneras, demostramos que no somos maniáticos de la jurisprudencia mecánica», DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 21.

<sup>422</sup> En efecto, Dworkin afirma que su crítica es un ataque general al positivismo, y en especial al positivismo de Hart. En ese sentido señala que «[a]rgumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de [reglas], y sostendré que su idea central de una única fuente de Derecho legislativa nos obliga a pasar por alto

equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»<sup>423</sup>. Sin embargo, la tesis de Dworkin merece ser aclarada, y es que la tesis –atribuida a Hart– de que el Derecho es un modelo (sólo) de reglas es inexacta, porque éste nunca dijo que el Derecho es un modelo (sólo) de reglas, al contrario, Hart explica la presencia de principios y elementos sustantivos en el Derecho<sup>424</sup>, aunque es verdad, admite que no resaltó algunas de estas características como si lo hizo con las reglas<sup>425</sup>. Ésta observación es fundamental porque permitirá concluir que (en este ámbito) apenas existe una diferencia muy reducida en relación con la tesis sobre la interpretación del Derecho de Hart. Veamos, según Dworkin cuando los juristas razonan o discuten (sobre todo) en los casos difíciles no se apoyan en estándares que operan como reglas, sino en estándares que operan como principios<sup>426</sup>.

Bien *¿en qué consiste –si es que existe– la diferencia entre reglas y principios?*. Desde una perspectiva lógica (no funcional) existirían dos diferencias: *i*) las reglas se aplican a la manera de disyuntivas “todo o nada” (si un caso se corresponde con el supuesto de hecho de la regla válida, ésta se aplica de manera automática y en su totalidad), en cambio, los principios no establecen las condiciones de su aplicación; señalan una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular (si un caso se corresponde con el supuesto de hecho de un principio, éste será aplicable en una dirección, pero no en un sentido específico, no hay una consecuencia jurídica concreta que se aplique de modo automático), y *ii*) el conflicto entre reglas se soluciona teniendo en cuenta la función más

---

los importantes papeles de aquéllos estándares que no son [reglas]», DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

<sup>423</sup> Ibidem.

<sup>424</sup> Una lectura mínima de *El concepto del Derecho* permite encontrar expresiones tales como: con relación a la potestad legislativa del soberano «podemos identificar en sus órdenes generales el Derecho de una sociedad determinada y distinguirlos de muchas otras reglas, principios, o patrones, morales o simplemente consuetudinarias, que también gobiernan la vida sus miembros»; en relación al control social del Derecho se señala que este consiste en «reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente para cada individuo»; en relación a la aplicación de justicia a casos particulares «los principios procesales tales como “*audi alteram partem*” o “nadie debe ser juez en causa propia”, son concebidos como exigencia de justicia, y en Inglaterra y en Estados Unidos se alude a ellos, a menudo, llamándolos principios de Justicia Natural»; en cuanto a la relación entre justicia y moral «los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del Derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia», etc., HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 84, 155, 200 y 208.

<sup>425</sup> Así señala Hart que «[m]ucho crédito es debido a Dworkin por haber mostrado e ilustrado su importancia y su papel en el razonamiento jurídico y sin duda, fue un error serio de mi parte no haber enfatizado su fuerza no concluyente», HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, del original: *Postscript (1994)*, México D.F.: IIJ–UNAM, 2000, p. 42.

<sup>426</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

relevante de cada una de ellas en la regulación del hecho social cuyo resultado mostrará que una de ellas no es válida. La decisión de cuál de ellas es válida y cuál debe ser rechazada se adopta sobre la base de consideraciones que trascienden a las propias reglas: por ejemplo jerarquía, cronología, especialidad o algo similar; en cambio, el conflicto entre principios se soluciona teniendo en cuenta el “peso relativo” de cada principio, es decir, sopesando o ponderando el valor o la importancia que cada uno adquiere en el caso, prevalece el más importante. Que en un caso concreto, el principio A no prevalezca sobre el principio B, no significa que A no sea un principio, porque en otro caso, cuando el principio B no exista o no tenga el mismo peso, el principio A puede ser decisivo para el caso<sup>427</sup>.

Otra de las críticas formuladas por Dworkin es que la regla de reconocimiento de Hart no sirve para dar cuenta a los principios. La regla de reconocimiento es el fundamento último de identificación de las reglas válidas del sistema. La regla maestra (o de reconocimiento) se expresa en la práctica general de los funcionarios o de los particulares que identifican las demás reglas mediante criterios que tienen diversas formas: textos legislativos, decisiones judiciales, prácticas consuetudinarias, etc.<sup>428</sup>. De esto se sigue que «para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos o tests últimos de validez jurídica»<sup>429</sup>. En concreto, la regla de reconocimiento es una *práctica social* básicamente de los órganos legislativos y los tribunales de justicia, no es (ni puede ser) una formulación expresa en el Derecho, sino que debe ser extraída de las prácticas sociales<sup>430</sup>, por tanto, decir que «una

---

<sup>427</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 75-78.

<sup>428</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 126.

<sup>429</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., p. 5. En sentido similar, señala Dworkin que «[l]a regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. Si deseamos saber qué regla de reconocimiento ha adoptado o sigue una comunidad determinada, debemos observar de qué manera se conducen sus ciudadanos, y particularmente sus funcionarios. Debemos observar qué argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la validez de una regla determinada, y que argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o a las instituciones», DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 70 y 71.

<sup>430</sup> PÁRAMO ARGÜELLES, J.R., de., *H.L.A Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid: CEC, 1984, p. 245. En otro sentido, sostiene Jiménez Cano que en opinión de Hart «el fundamento de un sistema jurídico no se encuentra en Dios ni en la naturaleza ni tampoco en la moral, sino en un hecho social, dado que el instrumento que sirve para identificar el Derecho, la regla de reconocimiento, es una práctica social», JIMÉNEZ CANO, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 179. Y en otro momento señala que esto «no quiere decir otra cosa que el origen de todo Derecho es siempre un hecho; por

determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema»<sup>431</sup>.

Esta descripción sobre el origen de las reglas permite señalar a Dworkin que estas «pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron»<sup>432</sup>, es decir, que las reglas pueden ser identificadas únicamente por criterios formales, y no por criterios materiales. Sobre esta base, este autor señala que la regla maestra o cualquier otra práctica social no sirven para identificar a los principios pues éstos no (son ni) pueden ser identificados por hechos sociales (como el llamado *pedigree*), sino únicamente por criterios de contenido moral. En ese sentido, en su opinión el origen de los principios jurídicos «no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro [jurídico] como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga»<sup>433</sup>.

Al margen de que se pueda considerar poco clara la línea fronteriza para diferenciar el origen de las reglas y de los principios –pues cuando se alude a “*un sentido de conveniencia que se desarrolla con el tiempo*” parece que los principios en definitiva también tienen como fuente u origen alguna práctica social–, merece realizar aquí otra aclaración a la crítica de Dworkin. Y es que Hart no sólo no pone un requisito de *pedigree* sobre la regla de reconocimiento<sup>434</sup>, sino que tampoco sostiene que los principios puedan quedar fuera de la regla maestra; al contrario, señala que en algunos sistemas jurídicos (sino en la mayoría), la conformidad con los principios como serían los derechos y libertades fundamentales son reconocidos por el poder constituyente y por los tribunales<sup>435</sup>. En efecto, Hart señala que «[e]l Derecho de todo Estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral

---

ejemplo, una ley, una costumbre o una decisión judicial. He aquí precisamente lo que da nombre a la escuela positiva: lo que sea o no Derecho depende de un hecho *puesto*», Ídem, 180.

<sup>431</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 129.

<sup>432</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 65.

<sup>433</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 94 y 95.

<sup>434</sup> SHAPIRO, J.S., “El debate ‘Hart-Dworkin’: una breve guía para perplejos”, en MELERO DE LA TORRE, M.C.(ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, trad. de M.C. Melero de la Torre, del original: *The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 150.

<sup>435</sup> JIMÉNEZ CANO, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 184.

social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el Derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos»<sup>436</sup>.

Que la regla maestra tenga por función identificar el Derecho significa también que tiene por función delimitar lo jurídico de lo que *no* es, es decir, diferenciar lo jurídico de otros estándares como la moral. Sin embargo, para Dworkin una vez que considera “demostrada” su tesis de que la regla maestra no sirve para reconocer los principios, es decir, que no sirve para identificar *todo* el Derecho sostiene que, si es erróneo afirmar que en todo sistema jurídico existe una regla maestra que permite determinar qué reglas cuentan como Derecho y cuáles no, entonces no es posible establecer una distinción entre reglas y principios, y por tanto, no existe una separación entre el Derecho y la moral<sup>437</sup>. De esto se sigue que según Dworkin existe más bien alguna forma de conexión necesaria entre el Derecho y la moral y que la tesis de la separación entre el Derecho y la moral resulta falsa. No obstante, como ya quedó dicho Hart no niega la presencia de los principios en el Derecho ni la compatibilidad entre la regla de reconocimiento y la incorporación de los principios para la identificación del Derecho (pues éstos pueden ser incorporados en la regla maestra).

En ese sentido, Hart sostiene que si bien «existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento “de facto” entre el Derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente»<sup>438</sup>, es decir, que si bien existe una multitud de conexiones entre el Derecho y la moral ello no implica que tales conexiones tengan que producirse (necesariamente) y con carácter general, ello supone (sólo) que la regla maestra «puede proporcionar o no criterios morales de validez. Esto significa que la conexión entre la identificación y validez del Derecho con la moral puede o no producirse, sin que [la falta de esta “exigencia”] afecte a la existencia del Derecho»<sup>439</sup>; lo

---

<sup>436</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 251 y 252.

<sup>437</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 102.

<sup>438</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., p. 4.

<sup>439</sup> JIMÉNEZ CANO, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 185.

que importa al Derecho, para ser tal, no es tanto que tenga que cumplir ciertas exigencias morales, sino su procedencia fáctica, es decir, que provenga de una práctica social.

Dicho de otro modo, lo que supone esta tesis no es que «no pueda producirse una conexión contingente entre Derecho y moral, ni tampoco que dicha conexión en un momento dado no pueda ser necesaria en un determinado sistema jurídico. Lo que esta tesis quiere decir es que dicha conexión no es nunca necesaria con carácter general. En definitiva, lo que pretende refutarse a través de esta tesis es la afirmación de que la conexión entre Derecho y moral sea uno de los rasgos definitorios el concepto del Derecho, y por tanto, de un concepto válido para todo sistema jurídico»<sup>440</sup>. Con todo lo anterior, pueden existir sistemas jurídicos en donde se incorpore a la moral como criterio último para identificar el Derecho en general y entonces el Derecho convivirá junto con los criterios morales, pero también pueden existir sistemas jurídicos en donde no aparezcan tales criterios materiales de validez, en estos casos, la tesis de la separación entre el Derecho y la moral es plena. En resumen: según Dworkin el contenido del Derecho no se puede determinar mediante hechos sociales, sino (sólo) mediante criterios de moralidad, mientras que para Hart el contenido del Derecho puede ser determinado por criterios morales, pero no necesariamente, pues según su modo de ver existen supuestos para los que la referencia última es sólo hechos sociales (no morales).

Una vez constado que en el Derecho *además* de reglas hay principios, surge el problema de la vinculatoriedad o no de los principios a los jueces al momento de resolver los casos. Según Dworkin las reglas (o el conjunto de las reglas) agotan el Derecho positivo, de este modo si las reglas no cubren un caso concreto, éste no puede ser resuelto aplicando una regla, sino mediante una actividad creadora del juez, es decir, ejerciendo discrecionalidad en sentido fuerte, lo que supone ir más allá del Derecho en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la ampliación de una regla existente o en la preparación de una nueva regla<sup>441</sup>, o lo que es lo mismo, que «si un caso no está controlado por una [regla] establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción»<sup>442</sup>, es decir, mediante la discrecionalidad en sentido fuerte. En ese sentido señala que «[d]a lo mismo decir que cuando un juez se queda sin [reglas] tiene discreción [fuerte], en el sentido de que no está limitado por estándar

---

<sup>440</sup> Ídem, p. 181.

<sup>441</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 65 y 66.

<sup>442</sup> Ídem, p. 86.

alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son [reglas], no son obligatorios para ellos»<sup>443</sup>.

En el mismo sentido –según Dworkin– Hart afirma que «cuando está en juego la discreción del juez ya no podemos hablar de que esté limitado por [reglas], sino que debemos decir más bien cuáles son las que “usa de manera característica»<sup>444</sup>, es decir, cuáles son los principios que generalmente aplican, pero que en cualquier caso no controlan al juez, pues estos tienen discrecionalidad en sentido fuerte. Sin embargo, para Dworkin no es así como un juez ve (realmente) al Derecho, tampoco cómo razona (realmente) al decidir los casos difíciles. Hay que recordar que según Dworkin es en los casos difíciles donde los principios expresan su mayor importancia o relevancia<sup>445</sup>. En su opinión, los jueces finalmente acuden a los principios, y por tanto, estos son jurídicamente tan vinculantes como las reglas, y en estos casos de nada vale decir que el juez «sólo está “moralmente obligado a tener en cuenta determinados principios, o que está institucionalmente obligado, o que lo está por “razón de su oficio”, o algo semejante»<sup>446</sup>.

La presencia de principios *además* de reglas en el Derecho (y la obligatoriedad de los primeros) le permite a Dworkin considerar –como ya dije– que el Derecho es completo (es decir, es totalmente determinado), por tanto, los jueces siempre pueden encontrar una, y sólo una, respuesta correcta en todos los casos, incluso en los casos difíciles. En efecto, según este autor «aún cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes»<sup>447</sup>. Bien, pero ¿qué actividad exige el hallazgo de la única respuesta correcta en la tesis de Dworkin? El hallazgo de la única respuesta correcta sobre la base de principios naturalmente no es una cuestión de conocimiento empírico<sup>448</sup> ni tampoco supone una actividad meramente lógico-deductiva por parte del juez, pues –como también ya dije– los principios señalan una dirección pero no imponen una decisión en un sentido específico, sino que el juez tiene realizar una actividad

---

<sup>443</sup> Ídem, pp. 87 y 88.

<sup>444</sup> Ídem, p. 87.

<sup>445</sup> Ídem, p. 80.

<sup>446</sup> Ídem, p. 88.

<sup>447</sup> Ídem, p. 146.

<sup>448</sup> DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 19 y ss.

especial para presentar la mejor luz del principio<sup>449</sup>, pudiendo eso sí ejercer en esa labor (a lo más) discrecionalidad en sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte.

Así, se ha señalado que «[e]l hallazgo de la única respuesta correcta mediante el recurso a los principios exige que el juez se embarque en una tarea interpretativa compleja que implica el ejercicio de una discrecionalidad “débil”, que requiere “capacidad de discernimiento” y un importante esfuerzo argumentativo, pero que no supone en ningún caso desarrollar una función auténticamente creativa»<sup>450</sup>. De este modo, para una cabal comprensión del enfoque interpretativo y valorativo del Derecho de Dworkin –se dice– se requiere analizar al menos de manera breve dos de sus planteamientos que se consideran básicos: la contemplación del Derecho como interpretación y el ideal de integridad<sup>451</sup>.

La idea del Derecho como interpretación supone que «la práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa»<sup>452</sup>, pues en ella los actores despliegan, discuten y justifican sus propuestas o reclamos. Pero, para tratar de comprender el carácter argumentativo de nuestra práctica jurídica se requiere adoptar el punto de vista interno, esto es, el punto de vista del participante<sup>453</sup>. Bien, para el desarrollo de esta actitud interpretativa se identifica dos categorías principales de la interpretación: la interpretación conversacional (u ordinaria) y la interpretación constructiva (o creativa). Según Dworkin, la primera es marcadamente intencional porque «asigna significados a la luz de los motivos, propósitos y preocupaciones que se supone tiene el hablante»<sup>454</sup>; es decir, intenta explicar las intenciones comunicativas que tiene el hablante; en cambio, la segunda, «es una cuestión de atribución de un propósito a un objeto o a una práctica con el fin de hacer del mismo (o de la misma) el mejor ejemplo posible de la forma o el género al que ese objeto (o esa práctica) pertenece»<sup>455</sup>.

---

<sup>449</sup> El propio Dworkin admite que su teoría «no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles», DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 146.

<sup>450</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 351.

<sup>451</sup> Ídem, p. 352.

<sup>452</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 13.

<sup>453</sup> Ídem, pp. 13 y 14.

<sup>454</sup> Ídem, p. 50.

<sup>455</sup> Ídem, p. 52.



De las dos categorías, el autor señala que la interpretación constructiva puede proporcionar una descripción más general de la interpretación en todas sus formas<sup>456</sup>. De ese modo, la interpretación constructiva se convierte en la base de todas las formas de actividad interpretativa. Tal vez por esta afirmación Marmor no duda en señalar que «[l]a idea de que la interpretación es fundamentalmente constructiva es de importancia decisiva para la teoría de Dworkin, dado que clarifica el modo en el que todas las formas de interpretación dependen radicalmente de valores o, en otras palabras, el modo en el que los juicios valorativos determinan profundamente sus interpretaciones»<sup>457</sup>, pues no hay que olvidar que para este modo de ver el Derecho está compuesto no sólo por reglas sino también por principios (de connotación moral).

Bien, según Dworkin el proceso de la interpretación constructiva consta de tres fases: i) *la fase pre-interpretativa*, en la que se identifican a «las reglas y estándares que proporcionan el contenido provisional de la práctica»<sup>458</sup>. Es decir, se trata de una labor de identificación y delimitación del objeto a interpretar y su calificación como perteneciente a un determinado género, o lo que es lo mismo, consiste en determinar cuáles son las reglas que conforman la práctica jurídica (lo que supone que otras no lo son) y su calificación como perteneciente al Derecho<sup>459</sup>. Por ejemplo, en la interpretación de la Constitución se trata de identificar las disposiciones constitucionales relevantes para resolver el caso, así como las principales decisiones del pasado en las que se decidieron cuestiones de alguna manera relacionadas con el caso. De ahí que el autor advierta que pese al nombre elegido para esta fase “pre-interpretativa” sea necesaria también alguna forma de interpretación debido a que las reglas no tienen una etiqueta que las permita identificarlas como pertenecientes a una determinada práctica, aunque no precisa cuál sería el tipo de interpretación a utilizar. No obstante, se ha dicho que la interpretación ha de ser distinta a la interpretación que, de esas mismas reglas, se realice en la siguiente etapa; de no ser así, esta última (la segunda fase) se convertiría en

---

<sup>456</sup> Ídem, p. 53.

<sup>457</sup> MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, cit., p. 59.

<sup>458</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., pp. 65 y 66.

<sup>459</sup> LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea*, Madrid: CEPC, 1999, p. 274.

innecesaria<sup>460</sup>, aunque se precisa que igual ésta labor de identificación debe inscribirse bajo el esquema dworkiniano, es decir, según el modelo basado en valores<sup>461</sup>.

Dworkin más bien se preocupa en señalar que para que pueda darse la actitud interpretativa se requiere un alto grado de consenso sobre la identificación de las reglas jurídicas<sup>462</sup>, y es que según su modo de ver «el Derecho no puede florecer como una empresa interpretativa en una comunidad a no ser que exista un acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas»<sup>463</sup>, lo que supone que si no existe este alto grado de consenso no podrá desarrollarse la actitud interpretativa; por cierto, esto no quiere decir que no puedan aparecer algunos desacuerdos. Para salvar esta cuestión, Dworkin introduce la distinción entre conceptos y concepciones, y pone como ejemplo el tema del aborto sobre el que tanto liberales como conservadores están de acuerdo en algún punto crucial: que la vida humana es sagrada o inviolable<sup>464</sup>. Así se señala que es este «acuerdo básico lo que permite comprender mejor las diferencias que los separan. La tarea que Dworkin realiza en esta parte de su argumentación, consiste en aislar aquellas creencias que constituyen el concepto de “carácter sagrado (o inviolable) de la vida humana”, para luego explicar el desacuerdo a partir de las distintas concepciones con las que se da sentido a las mismas»<sup>465</sup>.

ii) *la fase interpretativa*, en la que se pretende establecer «una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la fase pre-interpretativa»<sup>466</sup>. Se trata de establecer cuál es el sentido (o propósito general) del material jurídico identificado pre-interpretativamente. Este propósito general «viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos»<sup>467</sup>. Ahora bien, hay que considerar que las reglas jurídicas no

---

<sup>460</sup> BIX, B., *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 126 y ss.

<sup>461</sup> MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, cit., pp. 139 y ss.

<sup>462</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 66. Según Lifante Vidal, si bien Dworkin no lo reconoce expresamente, «este requisito de que exista consenso en la comunidad acerca de la identificación de los materiales jurídicos coincide plenamente con la exigencia de que “regla de reconocimiento” (más o menos conforme con la caracterización hartiana de la misma) que opere como una práctica social aceptada, consistente en reconocer como jurídicos ciertos materiales», LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea*, cit., p. 287.

<sup>463</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., pp. 90 y 91.

<sup>464</sup> DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, cit., pp. 93 y ss.

<sup>465</sup> BONORINO, P.R., *Dworkin*, Lima: Ara Editores, 2010, p. 117.

<sup>466</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 66.

<sup>467</sup> LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea*, cit., p. 289.

persiguen un único objetivo ni sirven a un único valor, sino a varios valores a la vez, y que incluso algunos pueden ser contradictorios entre sí, por tanto, es posible que existan varias teorías que pugnan entre sí por dar cuenta al material jurídico existente, recogiendo algunos principios y dejando fuera otros<sup>468</sup>. Y es que la finalidad de esta fase sería precisamente «la de mostrar las distintas interpretaciones (o teorías) que pueden adecuarse a los materiales identificados como pertenecientes al Derecho en la etapa anterior»<sup>469</sup>. Sin embargo, el juez no puede extraer cualquier sentido o propósito general, tiene que ser uno que se derive del material jurídico existente.

Aquí Dworkin propone la dimensión de adecuación (o de ajuste) que exige dar cuenta de la relación del sentido o propósito general que se está asignando al material jurídico considerado relevante con la cuestión que se está tratando. Es decir, se exige que el juez tenga en cuenta de hasta qué punto «la justificación que él propone en la fase interpretativa debe adecuarse a los rasgos distintivos de la práctica para contar como una interpretación de ésta más que una invención de algo nuevo»<sup>470</sup>. Sin embargo, conviene precisar que no es necesario que el sentido o la justificación general se ajuste a todos y cada uno de los aspectos del material jurídico considerado relevante, pero sí a «los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva»<sup>471</sup>. Es decir, si bien el juez al extraer el propósito general del material jurídico puede descartar o rechazar algunos aspectos, sin embargo, no puede descartar todos ellos, pues de ser así, estaría creando o inventando y no interpretando. Por ejemplo, el juez puede descartar algunas decisiones del pasado por considerarlas erróneas si una nueva y mejor interpretación del resto del material jurídico así lo requiere<sup>472</sup>.

y iii) *la fase post-interpretativa (o reformadora)*, en la que «se ajusta el sentido de lo que la práctica realmente requiere para adecuarse lo mejor posible a la justificación aceptada en la fase interpretativa»<sup>473</sup>. Es decir, se trata de ajustar el sentido de lo que la práctica exige para adecuarse lo mejor posible al propósito general descubierto en la fase interpretativa. En

---

<sup>468</sup> Ibidem.

<sup>469</sup> Ibidem.

<sup>470</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 67.

<sup>471</sup> Ídem, p. 66.

<sup>472</sup> Ídem, p. 230.

<sup>473</sup> Ídem, p. 66.

efecto, si como he expresado que en la fase interpretativa pueden existir distintas teorías o alternativas que pugnan entre sí por ofrecer la mejor interpretación del material jurídico, en esta fase post-interpretativa, el juez debe elegir una de ellas para decidir el caso nuevo; se entiende que ha de elegir la que presente al objeto interpretado como el mejor ejemplo de su género al que pertenece.

En esta fase, Dworkin propone la dimensión de justificación (o de valor) que exige que la teoría o interpretación propuesta proporcione una serie de principios de moralidad política que puedan considerarse como razones plausibles (la mejor historia) para la adopción de las decisiones<sup>474</sup>. Es decir, se exige que el juez muestre al sentido o propósito general de la mejor manera posible para decidir el caso concreto, y si existen varias alternativas, el juez debe elegir la mejor desde el punto de vista de la moralidad política. En ese sentido, se ha señalado que «[s]i dos concepciones acerca de la mejor interpretación de alguna disposición constitucional pasan la prueba desde la perspectiva del “ajuste” –si cada una de ellas puede pretender un fundamento adecuado en la práctica pasada– debemos preferir aquella cuyos principios creemos que reflejan mejor los derechos y obligaciones morales de las personas, pues la Constitución es una afirmación de ideales morales abstractos que cada generación debe reinterpretar por sí misma»<sup>475</sup>. En resumen, de lo que se trata es que «la interpretación debe ajustarse al elemento interpretado y al mismo tiempo debe justificarlo, esto es, debe mostrarlo en su mejor perspectiva. Los jueces en consecuencia, deben mostrar que la interpretación que proponen se ajusta mejor a los hechos relevantes de la práctica, y que provee una mejor justificación de la misma»<sup>476</sup>.

Para una mejor descripción de todo lo expuesto hasta aquí, conviene analizar el otro de los planteamientos básicos del enfoque interpretativo y valorativo del Derecho de Dworkin: la idea del Derecho como integridad. Según Dworkin la visión del Derecho como integridad supone que «los derechos y responsabilidades provienen de las decisiones del pasado y entonces cuenta como jurídico, no sólo cuando están explícitas en estas decisiones, sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones

---

<sup>474</sup> Ídem, p. 239.

<sup>475</sup> DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, cit., p. 148.

<sup>476</sup> BONORINO, P.R., *Dworkin*, cit., p. 146.

explícitas presuponen a través de la justificación»<sup>477</sup>. Es decir, se trata de una práctica jurídica que en orden a la coherencia acoge el conjunto de decisiones previas (legislación, sentencias, etc.) que están guiadas y que sirven a principios de moralidad política, en donde interesa tanto lo que se ha decidido en el pasado como los objetivos deseados para el futuro. Así pues, se ha señalado que la integridad «[t]rata de alcanzar un equilibrio entre el peso de las decisiones del pasado y el peso del mejor argumento»<sup>478</sup>.

Ahora bien, el Derecho como integridad interviene en dos ámbitos: en la legislación y en la adjudicación (o decisión judicial). La integridad en la adjudicación exige que los responsables de indicar qué es el Derecho (es decir, los jueces) en cada caso perciban y hagan cumplir el Derecho como un todo coherente basado en principios<sup>479</sup>, o lo que es lo mismo, este ideal exige que «los jueces asuman, en la medida de lo posible, que el Derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso, y les pide que los haga cumplir en los casos nuevos que se le presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de decisión respeta la ambición que asume la integridad, la ambición de ser una comunidad de principios»<sup>480</sup>.

Para realizar esta actividad compleja Dworkin acude al juez Hércules: un juez «dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas»<sup>481</sup>. El juez Hércules adopta una actitud interpretativa (constructiva) frente al Derecho y también asume el ideal de la integridad a fin de responder a los casos fáciles, pero especialmente a los casos difíciles<sup>482</sup>. En efecto, Hércules acepta la noción de integridad como ideal político porque desea tratar a

---

<sup>477</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 96.

<sup>478</sup> IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial*, cit., p. 150.

<sup>479</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 167.

<sup>480</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 243. En otro momento señala el autor que la integridad en la adjudicación «instruye a los jueces que identifiquen los derechos y deberes jurídicos, en la medida de lo posible, suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor –la comunidad personificada– expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad». Agrega el autor que «de acuerdo con el Derecho como integridad, las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad», Ídem, p. 225, las dos citas.

<sup>481</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 177.

<sup>482</sup> El juez Hércules es «un juez imaginario con un poder intelectual y una paciencia sobrehumanas que acepta el Derecho como integridad», DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 239. Agrega este autor que Hércules «no necesita un método para los casos difíciles y otro para los casos fáciles. Su método es igualmente aplicable a los casos fáciles, pero desde que las respuestas a estas cuestiones son entonces obvias, o al menos parece que sea así, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría», Ídem, p. 354.

la comunidad política como una comunidad de principios, basado en los mejores principios de esa comunidad. Si el juez Hércules adoptara su decisión de una manera que no fuera la mejor interpretación desde el punto de vista de la moralidad política sencillamente habrá abandonado el ideal del Derecho como integridad. En ese sentido, Hércules debe indagar los principios subyacentes a las decisiones previas (legislación, sentencias, etc.) y sobre la base de este material jurídico elaborar una teoría justificatoria (o propósito general), y a partir de lo que la práctica jurídica realmente exige presentarlo como el mejor ejemplo posible de su género para decidir el caso nuevo. En otras palabras, «los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden los casos difíciles tratando de encontrar, en un conjunto coherente de principios sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina jurídica de su comunidad. Ellos intentan hacer de esa estructura y registro complejos lo mejor que estos pueden ser»<sup>483</sup>.

Esta labor interpretativa compleja, según Dworkin no la podría desarrollar ningún juez mortal, es por ello que acude al imaginario juez Hércules. Éste se convierte en una referencia a seguir para todo juez real. El juez mortal a lo más que podría aspirar es a imitarlo limitadamente, pero no a igualarlo<sup>484</sup>. Sin embargo, este autor admite de manera expresa que existen algunas cuestiones que ni el propio Hércules podría solucionarlo y que está referida a la imposibilidad de encontrar en términos de totalidad un conjunto coherente de principios que subyacen a las decisiones anteriores. En este supuesto, el autor señala que la idea de coherencia debe ser matizada en el sentido de que esta exigencia supone dejar de lado como errónea alguna parte de la historia institucional, porque el juez Hércules a pesar de su soberbia imaginación será incapaz de hallar un solo conjunto de principios que comprenda todas las leyes y las decisiones previas<sup>485</sup>.

Con todo, se puede afirmar que el enfoque interpretativo y valorativo de Dworkin asume una teoría axiológica de la validez jurídica. En efecto, se ha señalado que para este autor «la noción sistemática de validez opera, y con matices en la identificación de las reglas, pero no

---

<sup>483</sup> Ídem, p. 255.

<sup>484</sup> En efecto, Dworkin admite que «ningún juez real podría componer algo parecido a una interpretación completa de todo el Derecho de su comunidad. Es por eso que imaginamos a un juez tipo Hércules de talentos sobrehumanos y con el tiempo infinito. Sin embargo, un juez real sólo puede imitar a Hércules en forma limitada», Ídem, p. 245.

<sup>485</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 193 y 194.

en la identificación de los principios. Los principios jurídicos dworkinianos valen por considerarse moralmente justificados, por la corrección de su contenido y no por la forma de su creación»<sup>486</sup>, o lo que es lo mismo, un principio debe ser observado –como ya dije– básicamente porque es «una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»<sup>487</sup>. Y, «el problema de si un determinado principio cuenta (en la decisión de lo que es el Derecho) es en parte normativo, porque incluye un juicio sobre la bondad del principio de moralidad política», un juicio en el que, por ejemplo, si se trata de un principio injusto «estaría mal que el juez hiciese valer cualquier derecho jurídico que de él se derive y estuviera bien que mintiese para no tener que hacerlo»<sup>488</sup>.

Sobre esta base, se ha señalado que «la dimensión estática del sistema jurídico –en los términos en los que Dworkin la entiende– termina primando sobre la dimensión dinámica. La teoría dworkiniana reconoce ciertas restricciones dinámicas en el funcionamiento del Derecho, derivadas de su carácter institucional que justifica, en todo caso, en términos morales. Sin embargo, la subordinación del Derecho al principio de integridad implica, finalmente, la imposición de la moralidad política sobre estas restricciones»<sup>489</sup>. Así, resulta que el significado válido de los contenidos materiales que se encuentran positivizados, por ejemplo, en la Constitución, depende de nuevo del que le atribuya la mejor teoría. Es decir, se insiste en la idea de que «la visión del Derecho como integridad supone que las interpretaciones válidas son exclusivamente las interpretaciones moralmente justificadas o correctas. La validez de las decisiones interpretativas depende no del respeto al tenor literal de las normas, sino de su coherencia con una determinada teoría moral»<sup>490</sup>.

Ahora bien, las exigencias del ideal de la integridad en la identificación y en la justificación del Derecho impide que la decisión interpretativa dependa de la preferencia subjetiva del juez, por tanto, este carece de discrecionalidad en sentido fuerte. Sin embargo, el ideal de la integridad en la adjudicación no es absolutamente soberana sobre lo que los jueces deben hacer al final del día. Es verdad que la integridad es un ideal decisivo sobre lo que el juez reconoce como Derecho; es decir, es soberano sobre los fundamentos del Derecho porque no

---

<sup>486</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 361 y 362.

<sup>487</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

<sup>488</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 468, las dos citas.

<sup>489</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 363.

<sup>490</sup> Ídem, p. 364.

admite ningún otro aspecto que no surja de las decisiones anteriores<sup>491</sup>, pero también encarga al juez la importante labor de asignar un propósito general al material jurídico identificado y presentarlo como el mejor ejemplo posible de su género para resolver el caso. Es en este momento en que aparece la discrecionalidad en sentido débil del juez, lo que en ningún caso supone desarrollar una función auténticamente creativa de Derecho.

De otro lado, aunque Dworkin sostiene que no es lo general, sino que es algo excepcional, admite la discrecionalidad en sentido fuerte del juez, y ello es así, por la sencilla razón de que «algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del Legislativo, promulgando el Derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema»<sup>492</sup>. Que esto pueda ocurrir, sin embargo, no quiere decir que el juez llegará a ser un legislador, porque en estos casos el juez actúa no sólo como legislador, sino también como intérprete y aplicador del Derecho que hace que «toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda, es por ende, tanto conceptual como política»<sup>493</sup>.

Fuera de todo esto, es decir, si las decisiones interpretativas acerca del material jurídico identificado son determinadas objetivamente por principios morales, que también forman parte del Derecho, siempre es posible encontrar la única respuesta correcta. Es verdad que el hallazgo de la única respuesta correcta requerirá un esfuerzo argumentativo significativo por parte del juez, pero siempre podrá encontrarse la única respuesta correcta. Según esta teoría, si no es posible encontrar la única respuesta correcta es porque no se ha razonado lo suficiente. En resumen, el proceso de hallar la única respuesta correcta no supone una actividad meramente mecánica o automática, sino todo lo contrario, exige un esfuerzo argumentativo especial por parte del juez.

## **2. La teoría escéptica (o no-cognoscitiva)**

---

<sup>491</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 218.

<sup>492</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 147.

<sup>493</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 147.



La teoría escéptica sostiene que la interpretación es una actividad (puramente) volitiva o, finalmente volitiva (es decir, un acto de voluntad o de la voluntad) que consiste en *decidir, adscribir, elegir o crear* el significado de las disposiciones de la Constitución. O dicho de otro modo, a diferencia de la teoría cognitiva que se limita a descubrir, verificar o conocer el significado del texto constitucional la teoría escéptica entiende que la interpretación es «un acto con el cual se decide, se determina, se adscribe un significado» a una disposición constitucional<sup>494</sup>. De este modo, lo que caracteriza a esta teoría es precisamente el elemento decisorio o creativo (de Derecho) del intérprete constitucional. Pero ¿qué debe entenderse por creación de Derecho?. Si bien no existe una respuesta categórica de lo que se entiende por creación de Derecho, sin embargo, esta expresión generalmente designa al hecho de si las decisiones interpretativas «incorporan o no una dimensión subjetiva o ideológica»<sup>495</sup>.

En la teoría escéptica se suele diferenciar entre creación de Derecho por invención y creación de Derecho por elección, y dependiendo de la postura por la que se opte la teoría escéptica será considerada de radical o moderada. Así, mientras que «en la concepción radicalmente escéptica la creación de contenidos del Derecho debe ser entendido como *creación por invención*, desde que la interpretación de una norma jurídica debe ser considerada como el resultado de un acto libre de la voluntad. En la concepción moderadamente escéptica, por otro lado, la creación de contenidos del Derecho debe ser entendido como *creación por elección*, en la medida que la interpretación de una norma jurídica debe ser considerada como el resultado de una elección libre entre una serie de alternativas sacadas a la luz por un acto del conocimiento»<sup>496</sup>. En este último supuesto (creación por elección), conviene insistir en que si bien la actividad interpretativa involucra dos elementos: el cognitivo y el volitivo, finalmente es volitivo (es decir, es el resultado de una elección libre). Desde esta perspectiva el juez constitucional en su labor de interpretación de la Constitución decide o resuelve (a través de un acto de voluntad o, finalmente de voluntad) que la expresión lingüística constitucional “T” significa de entre **S1** o **S2**, **S1** (creación por elección) o, bien **S3** (creación por invención), en el que “T” es el texto constitucional (disposición) y **S1** y **S3** es el significado constitucional (norma).

---

<sup>494</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 161.

<sup>495</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 13.

<sup>496</sup> DICCIOTTI, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity”, en GIANFORMAGGIO, L. y PAULSON, S.L. (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giappichelli, 1995, p. 65.

La teoría escéptica radical se basa en la idea de la indeterminación del Derecho, el Derecho es totalmente indeterminado (si bien esto no resulta del todo claro en la versión moderada). En efecto, según la versión radical las palabras en las que está expresada la Constitución sólo tienen significado a partir de la interpretación del juez constitucional (el significado no preexiste a la interpretación, sino es el producto de la interpretación), mientras que según la versión moderada las palabras en las que está expresada la Constitución tienen más de un significado (por tanto no existe un “único” significado propio e intrínseco de las palabras), existe una pluralidad de sentidos que depende de las distintas posturas valorativas del juez quien *finalmente* decide o elige mediante un acto de voluntad una de ellas para resolver el caso concreto.

De otro lado, el Derecho no es (nunca) pleno o completo (pues, presenta lagunas) ni coherente (pues, presenta antinomias), lo que supone que toda decisión interpretativa que resuelva una laguna o una antinomia es (siempre) una decisión sobre el significado de la disposición constitucional<sup>497</sup>. Desde esta perspectiva, la teoría escéptica entiende que la interpretación consiste únicamente (o finalmente) en decidir (crear o elegir) el significado del texto constitucional. El significado –en cuanto tal, incluso en la versión moderada– no preexiste a la interpretación, sino que es su resultado<sup>498</sup>. O mejor aún, el proceso interpretativo se ejerce sobre una disposición constitucional (o enunciado interpretado) y conduce a la norma constitucional (enunciando interpretante); la norma no precede como dato, sino que sigue como producto al proceso interpretativo<sup>499</sup>. Bien, dado que la labor interpretativa del juez constitucional consiste en decidir el Derecho existe discrecionalidad en sentido *fuerte* en el juez constitucional, es decir, corresponde al juez decidir (crear o elegir) el significado del texto constitucional; éste sólo existe con la interpretación “ex post”, el juez crea Derecho nuevo. En este sentido, la teoría escéptica no impone a los jueces un código hermenéutico a los jueces (deja a estos la elección del mismo), el significado del texto constitucional es la creación o la elección del juez constitucional<sup>500</sup>.

---

<sup>497</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 15.

<sup>498</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 15.

<sup>499</sup> TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 394 y 395.

<sup>500</sup> Describe Chiassoni que la idea del respeto al texto de la Constitución desde la perspectiva *escéptica* se presenta como un «ideal irrealizable», en la medida que no impone al juez un código hermenéutico para decidir el significado de la disposición constitucional. A lo más que se puede aspirar es a la fidelidad de «los valores

De otro lado, dado que para esta teoría la interpretación consiste en decidir el significado de las disposiciones de la Constitución (es decir, consiste en un acto de decisión o valoración sobre el significado), los enunciados interpretativos “T” significa S1 o bien “T” significa S3 pertenecen al ámbito del discurso prescriptivo: orientan o prescriben (no informan o no describen) el significado del texto constitucional; por tanto, son proposiciones normativas que carecen de valores de verdad (no pueden ser verdaderos o falsos). Dicho de otro modo, tales enunciados interpretativos expresan «“imperativos”, “valoraciones” y “expresiones normativas»<sup>501</sup>, es decir, expresan la voluntad (no el conocimiento) del juez constitucional sobre el significado del texto de la Constitución en la media que confieren «un significado con preferencia sobre otro»<sup>502</sup>, por tanto, de ellos no se puede predicar (o mejor aún, carecen de) valores de verdad (no son ni verdaderos ni falsos): no es posible comprobar la veracidad o falsedad de los enunciados en la media que carecen de referente empírico. Así, por ejemplo, el significado del fragmento (o fragmentos) de una disposición constitucional como «“corporación”, “derecho” o “deber” revelan que estas no tienen una directa conexión con contrapartes en el mundo empírico como la tienen la mayor parte de los términos ordinarios y a los que apelamos en nuestras definiciones de los mismos»<sup>503</sup>.

La teoría escéptica de la interpretación es asumida básicamente por las corrientes realistas del Derecho (el realismo jurídico americano y toda su influencia en los distintos sistemas jurídicos de Europa continental) y el movimiento *Critical Legal Studies*. En efecto, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX surge en los EE.UU. algunos planteamientos jurídicos que proponen una visión crítica y alternativa frente al formalismo –denominados *antiformalismo*– que se consolidará con la formación del realismo jurídico norteamericano. Si bien estos planteamientos resultaban heterogéneos en lo esencial eran homogéneos, es decir, la semejanza en la elaboración de un pensamiento jurídico de carácter pragmático sustentado en una concepción funcional o instrumental del Derecho<sup>504</sup>. De este modo, lo que

---

fundamentales (que el intérprete asume que están) incorporados al [D]erecho positivo», la misma que no es pasiva ni mecánica, sino activa y dinámica, CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., pp. 163 y 164.

<sup>501</sup> ROSS, A., *Lógica de las normas*, cit., p. 1.

<sup>502</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 15.

<sup>503</sup> HART, H.L.A., *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 23.

<sup>504</sup> SUMMERS, R., “Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought. A synthesis and critique of our dominant general theory about Law and its use”, *Cornell Law Review*, Vol. 66, 1980-81, pp. 861-948.

caracteriza a esta (nueva) concepción del Derecho es la actitud decidida de los juristas de pasar del Derecho de los libros al Derecho en acción, esto es, al análisis y evaluación de las consecuencias prácticas que supondrá la aplicación del Derecho<sup>505</sup> o, lo que es lo mismo, el pasar «de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de los fines individuales a los fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas»<sup>506</sup>. Sobre esta base, el Derecho que regula la conducta de las personas «ya no es entendido como algo objetivo y absoluto que el jurista debe descubrir sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades y circunstancias históricas»<sup>507</sup>.

En este contexto la actuación de los jueces a través de sus decisiones constituirá el centro de la escena jurídica. De este modo, el movimiento realista rechaza el carácter de la toma de decisiones concebido como un procedimiento (puramente) lógico-deductivo equiparable a la realización de una operación matemática y más bien propone que el proceso de decisión debe básicamente tomar en cuenta la realidad y las consecuencias que supondrá la aplicación del Derecho<sup>508</sup>. La idea del paso del Derecho de los libros al Derecho en acción se concretiza en el paso de las disposiciones jurídicas a las decisiones jurídicas. Así, es bastante

---

<sup>505</sup> POUND, R., “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, Vol. 44, 1910, pp. 12-36.

<sup>506</sup> COMMAGER, H.S., *The American Mind: An interpretation of American Thought and Character since the 1980's*, New Haven: Yale University Press, 7ma. edición, 1955, p. 375.

<sup>507</sup> SOLAR CAYÓN, J.I., “Estudio Preliminar. Holmes: El inicio de una nueva senda jurídica”, en HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, trad. de J.I. Solar Cayón, del original: *The Path of the Law (1897)*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 28. Desde otra perspectiva James W. sostiene que los contenidos del Derecho «llegan a ser instrumentos», es decir, verdaderas «cosas con que penetrar en la experiencia» o, simplemente, «modos mentales de adaptación a la realidad más que revelaciones o respuestas gnósticas a los enigmas del mundo», JAMES, W., *Pragmatismo*, trad. de L. Rodríguez Aranda, Barcelona: Orbis, 1954, pp. 58, 50, 73 y 126. De ahí que «[p]ensar no consiste ya en poner el descubierto fuerzas o regularidades ocultas sino en idear esquemas operativos que nos permitan manejar la realidad», SOLAR CAYÓN, J.I., “Estudio Preliminar. Holmes, cit., p. 21.

<sup>508</sup> De modo similar sostiene Wright que los realistas jurídicos rechazan la concepción formalista del Derecho entendido como «un sistema de reglas explícitamente formuladas que los jueces aplican deductivamente a los casos particulares», pues para éstos «la toma de decisiones jurídicas inevitablemente [requiere] recurrir de forma explícita o implícita a principios o propósitos subyacentes», WRIGHT, R.W., “La pesadilla y el noble sueño: Hart y Honoré sobre causalidad y responsabilidad”, en KRAMER, M.H., GRANT, COLBURN, B. y HATZISTAVROU, A. (comps.), *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral*, trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, del original: *The legacy if H.L.A. Hart: Legal, Political and moral Philosophy (2008)*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 230.

conocida la expresión que señala que «lo que los funcionarios [esto es, principalmente los jueces] hacen respecto de las disputas es, en mi opinión, el Derecho mismo»<sup>509</sup>.

Lo mismo –y de modo paralelo– ocurrirá en Europa continental. En palabras de Pound será Ihering<sup>510</sup> «el pionero en el trabajo de reemplazar la jurisprudencia de conceptos por una jurisprudencia de resultados [o de intereses]»<sup>511</sup>. Similar a lo que ocurría en el formalismo en la jurisprudencia de conceptos es posible deducir de manera puramente lógica, de los más altos conceptos abstractos conceptos más concretos llenos de contenido<sup>512</sup>. Sobre esta base, Ihering proponía que «deberíamos comenzar por el otro extremo, que la primera pregunta debería ser, cómo operará una norma o una decisión en la práctica?»<sup>513</sup>, y no sólo basarse en razonamientos lógico-deductivos. Ahora bien, teniendo en cuenta que lo que identifica a la teoría escéptica es el carácter creativo y valorativo de la labor interpretativa del juez, es decir, que la tarea de atribuir significado a la disposición constitucional al fin y al cabo es decisión, creación y valoración existen versiones de esta teoría que bien pueden ser calificadas de radicales debido a que entienden que las disposiciones jurídicas carecen de significado antes de la interpretación del juez, pero existen también otras que pueden ser calificadas de moderadas debido a que entienden que las disposiciones jurídicas tienen más de un significado y que la elección de uno de ellos, y por tanto, la operatividad de su contenido jurídico, depende finalmente del juez. En lo que sigue, analizaré con más detalle los planteamientos de estas dos versiones de la teoría escéptica.

## **2.1. La teoría escéptica radical y la libertad del juez para atribuir significados**

Ya adelanté que según la versión radical de la teoría escéptica, de *un lado*, las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución carecen de significado antes de la interpretación; éstas sólo tienen significado luego de la interpretación, y de *otro lado*, que el Derecho no es (nunca) pleno o completo (pues, presenta lagunas) ni coherente (pues, presenta antinomias), lo que supone que toda decisión interpretativa del juez que resuelva

---

<sup>509</sup> LLEWELLYN, K.N., *The Bramble Bush: Some lectures on Law and its Study*, New York: Columbia University Press, 1930, p. 3.

<sup>510</sup> IHERING, R., *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de R. Riaza, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.

<sup>511</sup> POUND, R., “Mechanical Jurisprudence”, *Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908, p. 610.

<sup>512</sup> KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 75.

<sup>513</sup> POUND, R., “Mechanical Jurisprudence”, cit., p. 610.

una laguna o una antinomia es (siempre) una decisión sobre el significado de la disposición. Así pues, la interpretación no es (nunca) un mero acto de conocimiento, sino más bien es (siempre) un acto puro de la voluntad: cualquiera que sea el caso sometido al juez constitucional (caso fácil o difícil) la actividad interpretativa es (siempre) en una decisión o valoración del juez. Dicho de otro modo, en la medida en que el significado de las disposiciones de la Constitución no existe en el ordenamiento jurídico la interpretación consiste únicamente en inventar o decidir el significado de la disposición constitucional. En concreto, hay que crear ese Derecho.

Esta versión de la teoría escéptica entiende también que los textos normativos adolecen de ambigüedad y vaguedad pues admiten diversas significaciones y, entonces el significado no preexiste a la interpretación, sino más bien depende de la postura valorativa del intérprete (depende de los jueces). Como bien se anota, para esta versión el Derecho es en todos los casos subjetivo (no es objetivo), y que tal como el juicio sobre la belleza sólo se encuentra en el ojo de quien la contempla el significado de la disposición jurídica no está en la disposición, sino en la postura valorativa de quien la interpreta (de los jueces)<sup>514</sup>. Se advierte entonces que según esta versión el juez goza de absoluta discrecionalidad para atribuir el significado a las disposiciones constitucionales. Es una forma de concebir al Derecho no como un conjunto de textos, sino un como conjunto de significados y los jueces al decidir el significado de los textos normativos están creando libremente Derecho. De lo que sigue que «antes de las decisiones interpretativas de los jueces no existen significados de los textos normativos, y entonces no existe Derecho. Desde este punto de vista todo el Derecho es el resultado de la interpretación judicial: la jurisprudencia es la única verdadera fuente del Derecho»<sup>515</sup>.

De todo lo anterior, los postulados (radicalmente) escépticos pueden quedar resumidos así: quien tiene autoridad absoluta para interpretar el Derecho, es él –y no quien la emitió– el “verdadero” legislador a todos los propósitos<sup>516</sup>, o lo que es lo mismo «quien tiene autoridad no sólo para interpretar el Derecho, sino para decir qué es el Derecho, es él el verdadero

---

<sup>514</sup> RAZ, J., “¿Por qué interpretar?”, cit., pp. 29 y 30.

<sup>515</sup> GUASTINI, R., “Intervención de Ricardo Guastini”, en PÉREZ BERMEJO, J.M. y RODILLA, M.A. (eds.), *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007, p. 227.

<sup>516</sup> HOADLY, B., *A sermon preached before the King*, London: 1717, p. 12.

legislador»<sup>517</sup>. En este sentido, toda disposición jurídica «no adquiere verdadera existencia hasta que se completa la interpretación o más exactamente hasta que se aplica [por el juez]»<sup>518</sup>. Existen varios autores aunque, no son la mayoría que asumen la posición radicalmente escéptica, y que si bien son heterogéneos en sus posturas en lo esencial son homogéneos, es decir, en el sentido que niegan que las disposiciones de la Constitución incorporen un significado antes de la interpretación (niegan que tengan entidad propia). Me ocuparé muy brevemente quizá de los más importantes: Gray, Frank y Troper.

Una primera postura que puede ser calificada de escéptica radical es la defendida por Gray. Según este autor, «[e]l Derecho del Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres está compuesto por las reglas que los tribunales, esto es, los órganos judiciales de ese cuerpo, establecen para la determinación de los derechos y deberes jurídicos»<sup>519</sup>, es decir, que según este punto de vista no hay otro Derecho que aquél que ha sido creado por los jueces a través de sus decisiones interpretativas (sentencias) y que los textos jurídicos (por ejemplo, la Constitución) que han sido pronunciados por los padres constituyentes son sólo simples palabras *muertas* que carecen de sentido o significado y que requieren de la interpretación de los jueces para saber qué es lo que (en la vida real) significan; estos textos jurídicos a lo sumo pueden ser considerados fuentes de Derecho, pero no Derecho mismo, pues todo el Derecho es el Derecho creado por los jueces.

En efecto, según este modo de ver las cosas «después de todo lo que han pronunciado los [padres] constituyentes son sólo palabras y corresponde a los Tribunales decir lo que esas palabras significan; es decir, corresponde a ellos interpretar los actos legislativos [de los padres constituyentes]; indudablemente hay límites a su poder de interpretación, pero estos límites están casi tan indefinidos como aquellos que los gobiernan en su trato con las otras fuentes. Y esta es la razón por la que los actos legislativos han de ser tratados sólo como fuentes del Derecho y no como parte del Derecho mismo. Se ha dicho algunas veces que el Derecho está compuesto de dos partes: el Derecho legislativo y el Derecho judicial, pero en

---

<sup>517</sup> GRAY, J.CH., *The nature and sources of the Law*, cit., p. 65.

<sup>518</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 83.

<sup>519</sup> GRAY, J.CH., *The nature and sources of the Law*, cit., p. 54. En efecto, este autor señala en otro momento que «[p]ara determinar en la vida real cuáles son los derechos y deberes del Estado y de los ciudadanos, el Estado necesita y establece órganos judiciales, los jueces. Para determinar derechos y deberes, los jueces fijan los hechos y también establecen las reglas según las cuales se deducen consecuencias jurídicas de los hechos. Estas reglas son el Derecho», Ídem, p. 65.

verdad, todo el Derecho es Derecho judicial. La forma en que el Derecho es impuesto a la comunidad como una guía de conducta es como el Derecho interpretado por los Tribunales. Los Tribunales le dan vida a las palabras muertas del Derecho»<sup>520</sup>. En concreto, las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución no tienen ningún significado antes de la interpretación; éstas sólo tienen significado luego de la interpretación realizada por los jueces.

Sobre la base de lo anterior, Gray señala la teoría cognitiva incurre en un grave error al sostener que hay correspondencia entre el Derecho (el texto constitucional) y el significado (oculto) atribuido por el juez, es decir, al entender que «[el] Derecho, de hecho, es idéntico con las reglas establecidas por los jueces», o lo que es lo mismo, que el Derecho es lo que los jueces descubren, éstos «son los descubridores, no los creadores del Derecho»<sup>521</sup>. Tal afirmación, a su juicio es un grave error porque «las [disposiciones de la Constitución] no se interpretan por sí mismas, [sino que] su significado es declarado por los Tribunales y es con este significado declarado por los Tribunales y no con otro significado, que aquellas son impuestas a la sociedad como Derecho»<sup>522</sup>.

En todo caso, Gray señala que la tarea del juez de descubrir el “único” significado preexistente de la disposición jurídica resulta no sólo una tarea dificultosa, sino que además es innecesaria. La dificultad de descubrir el “único” significado preexistente es todavía mucho mayor si se produce un cambio o una modificación en la decisión de los Tribunales. Es decir, si un Tribunal Constitucional con ocasión de un nuevo caso modifica una opción interpretativa ya elegida, ello supone que (en su momento) el Tribunal no descubrió el significado del texto de la Constitución. Y lo mismo podría predicarse de la nueva decisión<sup>523</sup>. Es innecesaria, porque «no se gana nada tratando de descubrir las fuentes, propósitos y relaciones de una entidad misteriosa llamada Derecho, y luego decir que este Derecho es exactamente expresado en las reglas por las que los Tribunales deciden los

---

<sup>520</sup> Ídem, pp. 78 y 79.

<sup>521</sup> Ídem, pp. 59 y 60.

<sup>522</sup> Ídem, p. 112.

<sup>523</sup> Ídem, p. 63.



casos. Es mejor considerar directamente las fuentes, propósitos y relaciones de las reglas mismas y llamar las reglas de “el Derecho”»<sup>524</sup>.

De otro lado, es bastante sabido que uno de los principales aspectos del realismo jurídico es la peculiar caracterización del Derecho en términos fácticos (el Derecho como hecho). En ese sentido, Frank quien rechaza al exagerado racionalismo ilustrado sostendrá que –debido a que la actividad interpretativa cognitiva de las disposiciones jurídicas es limitada y que además se halla teñida por los factores psicológicos, social, etc. del intérprete<sup>525</sup>– el centro de la escena jurídica ya no constituyen las disposiciones jurídicas, sino los hechos sociales referidos a la conducta principalmente de los jueces. Así, Frank caracterizará al Derecho de la siguiente manera: «[p]ara cualquier lego, el Derecho, con respecto a cualquier conjunto particular de hechos, es una decisión de un Tribunal relativa a tales hechos en la medida en que tal decisión afecta a esa persona particular. Hasta que un Tribunal haya juzgado aquellos hechos ningún Derecho sobre esa materia existe aún. Antes de tal decisión, el único Derecho disponible es la opinión de los abogados en cuanto al Derecho relativo a aquella persona y aquellos hechos. Tal opinión no es realmente Derecho sino solamente un vaticinio en cuanto a lo que un Tribunal decidirá. El Derecho, entonces, respecto a una situación dada es, bien (a) un Derecho real, es decir, una decisión específica en el pasado relativa a esa situación, o (b) un Derecho probable, es decir, un vaticinio relativo a una decisión específica en el futuro»<sup>526</sup>.

De todo esto se sigue que Frank excluye el elemento normativo para caracterizar al Derecho, pues según él el Derecho sólo está constituido por las decisiones de los Tribunales las que pueden o no estar conformes las disposiciones jurídicas. En ese sentido, este autor expresará todavía de manera más clara que «después de todo, [las disposiciones jurídicas] no son más que palabras y esas palabras pueden entrar en acción solo a través de las decisiones, por lo que corresponde a los Tribunales al decidir cualquier caso decir lo que las [disposiciones jurídicas] significan»<sup>527</sup>. O como también más tarde expresará que «el proceso de interpretación no es ni mecánico ni automático», sino que «inevitablemente es una forma de

---

<sup>524</sup> Ídem, p. 65.

<sup>525</sup> SOLAR CAYÓN, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank*, cit., p. 39.

<sup>526</sup> FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, New York: Doubleday & Company, 1963, pp. 50 y 51.

<sup>527</sup> Ídem, p. 135.

legislar», de manera que quien «se irrita por el modo en el que los jueces interpretan a veces lenguaje aparentemente simple de las [disposiciones jurídicas], es víctima de la falacia de creer que cada palabra tiene un único significado»<sup>528</sup>.

Finalmente, uno de los teóricos (de Europa continental) que adopta la concepción escéptica radical de la interpretación del Derecho en general y de la Constitución en particular es Michael Troper. Según este autor, todas las disposiciones jurídicas carecen de significado. En ese sentido, no hay en las disposiciones jurídicas ningún significado que descubrir. Si el significado no existe antes que la interpretación tampoco existe la interpretación contra el sentido de la disposición jurídica (*contra legem*), y ello es así, porque sencillamente no hay ningún significado “verdadero” de esa disposición; el único sentido o significado –y que es además jurídicamente incuestionable– es el significado atribuido por el juez a través de una decisión interpretativa<sup>529</sup>. O dicho de otro modo, según esta perspectiva no existe el llamado significado “objetivo” de la disposición jurídica, el único significado que existe es el que se obtiene a través de la interpretación por parte del juez, de lo que sigue que antes de la interpretación las disposiciones jurídicas no tienen todavía ningún significado, están en espera de significado<sup>530</sup>.

Con base en lo dicho, para esta teoría no existe diferencia entre la función judicial y la función legislativa pues entiende que el juez que interpreta la disposición constitucional es él en realidad el verdadero poder constituyente. Así, señala Troper que «[e]l intérprete de la Constitución es un verdadero poder constituyente»<sup>531</sup>, ello es así porque «da a una disposición de la Constitución el significado que tal o cual acción debería llevarse a cabo»<sup>532</sup>. De otro lado, este autor señala que «la expresión “intérprete de la Constitución” es engañosa, ya que da por sentado que la Constitución existe antes que la interpretación sea llevada a cabo»<sup>533</sup>. No obstante, en este punto no parece que la postura de Troper sea clara, pues una postura congruente obligaría a admitir al menos la existencia del texto

---

<sup>528</sup> FRANK, J., “Palabras y música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, trad. de R.J. Vernengo, del original: Words and Music. Some remarks on statutory interpretation (1947), en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires: Losada, 1951, pp. 177, 189 y 180.

<sup>529</sup> TROPER, M., *Ensayos de Teoría constitucional*, cit., p. 41.

<sup>530</sup> Ídem, p. 44.

<sup>531</sup> TROPER, M., “Constitutional Interpretation”, *Israel Law Review*, Vol. 39, Núm. 2, 2006, p. 47.

<sup>532</sup> Ídem, p. 48.

<sup>533</sup> Ibidem.

constitucional, es decir, si se sostiene que las disposiciones de la Constitución no tienen ningún significado no hay razón para negar la existencia del texto constitucional aún cuando se encuentre a la espera de atribución de significado por parte de los jueces. Una cosa es negar la existencia del texto de la Constitución y otra la existencia del significado del texto constitucional.

## **2.2. La teoría escéptica moderada y la elección libre de uno de los significados**

Como también ya adelanté, la versión moderada de la teoría escéptica de la interpretación sostiene, *primero*, que las palabras en las que está expresada la Constitución tienen más de un significado (no existe por tanto un “único” significado propio e intrínseco de las palabras sino que existen varios significados), la elección de uno de los significados (el significado preferido que será aplicado al caso concreto) sólo existe luego de la interpretación según la libre postura valorativa del juez constitucional, y *segundo*, que el Derecho (todo sistema jurídico) no es (nunca) completo (pues, presenta lagunas) ni coherente (pues, presenta antinomias), lo que supone que toda decisión interpretativa que elija el significado de la disposición jurídica o resuelva una laguna o antinomia es (siempre) una decisión sobre el significado de esa disposición. De todo lo anterior, se advierte que la tesis central es que las disposiciones jurídicas no tienen un “único” significado, pero tampoco ninguno pues existen varios significados, sólo que están la espera de que uno de ellos sea elegido por el juez para decidir el caso concreto. La elección de uno de los significados puede ser realizado a través de diversos procedimientos.

Por ejemplo, algunos realistas moderados «creían que a través de un análisis cuidadoso de los casos reales se podrían reconstruir las reglas reales, con frecuencia no formuladas y sus propósitos y principios subyacentes, que constituirían el derecho real que guía y limita la toma de decisiones judiciales»<sup>534</sup>. Bien ¿en qué consiste –si es que existe– la diferencia entre la teoría escéptica moderada y la teoría escéptica radical?. Según Kelsen la diferencia que existe entre un juez que crea Derecho pero cuyo contenido está controlado por una disposición jurídica (versión moderada) y un juez que crea Derecho pero cuyo contenido no está controlado por una disposición jurídica (versión radical), es sólo gradual (es decir, sólo

---

<sup>534</sup> WRIGHT, R.W., “La pesadilla y el noble sueño: Hart y Honoré sobre causalidad y responsabilidad”, cit., p. 230.

de grado). La discrecionalidad del primero es mucho menor que del segundo. En el caso del primero, aún cuando el contenido de la decisión interpretativa se encuentre controlado por una disposición jurídica, esta no puede predeterminar todos los supuestos que surgirán al momento de su aplicación, por tanto, se deja al juez un espacio para la discrecionalidad en sentido “fuerte”<sup>535</sup>. En cambio, en el caso del segundo, el juez tiene discrecionalidad en sentido fuerte propiamente dicho.

Los planteamientos de Kelsen formarían parte de la teoría escéptica moderada. En efecto, según este modo de ver, toda disposición tiene más de un significado y por tanto los jueces crean Derecho en todos los casos pues tienen que elegir de entre los diversos significados uno de ellos para resolver el caso<sup>536</sup>. También formarían parte de esta versión las ideas de Tarello para quien «[e]l intérprete averigua, decide o propone el significado que hay que atribuir a un documento, constituido por uno o más enunciados, cuyo significado no está preconstituido por la actividad del intérprete, sino que es su resultado; antes de la actividad del intérprete, lo único que se sabe del documento objeto de interpretación es que expresa una o más normas, no cuál o cuáles sean estas normas: “norma” significa simplemente el significado que se ha otorgado, o se decide otorgar, o se propone que otorgue, a un documento que se considera, sobre la base de indicios formales, que expresa una cierta directiva de acción»<sup>537</sup>. Para los efectos, de esta investigación me ocupare sólo de los planteamientos de Kelsen.

Desde la perspectiva de la Teoría pura, dado que «el Derecho está formulado en palabras y las palabras tienen frecuentemente más de un significado, la interpretación del Derecho que es la determinación de su significado, se convierte en necesaria»<sup>538</sup>. Ahora, es verdad que corresponde al legislador evitar en la medida de lo posible las ambigüedades en el texto de la Constitución, pero «la [propia] naturaleza del lenguaje hace que el cumplimiento de esta

---

<sup>535</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 253 y 254.

<sup>536</sup> Por ejemplo Dicciotti señala que «Kelsen expresa una concepción diferente de interpretación operativa. De acuerdo a esta concepción que puede ser considerada moderadamente escéptica, la interpretación operativa del Derecho consiste no sólo en un acto de voluntad, sino también en un acto de conocimiento. De hecho, Kelsen sostiene que toda norma jurídica tiene una pluralidad de significados, que un acto de conocimiento es necesario para descubrir tales significados, y que un acto de voluntad es necesario para escoger uno de ellos al momento de aplicar el Derecho», DICCIOTTI, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity”, cit., pp. 64 y 65.

<sup>537</sup> TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 63 y 64.

<sup>538</sup> KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XIII.

tarea sea posible sólo hasta cierto grado»<sup>539</sup>. De modo tal que según este punto de vista la interpretación de las disposiciones jurídicas es pues siempre necesaria. En algún momento, incluso define a la interpretación jurídica como un procedimiento intelectual (necesario) que acompaña al proceso *creativo* del Derecho en su tránsito descendente de la disposición superior hasta la disposición inferior<sup>540</sup>. Pero la Teoría pura no utiliza la interpretación para averiguar lo que ésta significa por sí, sino que la asocia a la idea de la aplicación del Derecho, o lo que es lo mismo, la ubica en un momento previo o un espacio muy próximo a la aplicación jurídica, de manera que todo Derecho que requiera ser aplicado ha de ser primero interpretado. El órgano que aplique la Constitución o la ley «tiene que establecer el sentido de la [disposición] que aplicará, tiene que interpretar esas [disposiciones]»<sup>541</sup>. Se interpreta la Constitución, la ley, los tratados, las sentencias, los negocios jurídicos, etc., y según este modo de ver en el caso más normal o común de la interpretación, esto es, en el caso de la interpretación de la ley la interpretación consiste en establecer el significado de la ley (general) aplicada al caso concreto para lograr obtener el contenido de la sentencia (norma individual). De todo esto se sigue que para la Teoría pura la interpretación tiene lugar no sólo en los supuestos de oscuridad (concepto restringido), sino también en los supuestos de claridad (concepto amplio).

La *estructura escalonada* del Derecho positivo es uno de los principales planteamientos de la teoría pura<sup>542</sup>. Mediante la teoría estructural se hace referencia a la existencia de una serie escalonada o jerárquica de diversas zonas normativas, esto es, la existencia de disposiciones superiores y disposiciones inferiores, y en la que la disposición superior regula el procedimiento de creación de la disposición inferior y también el contenido de la misma. De este modo, la relación entre la disposición superior y la disposición inferior, por ejemplo, entre la Constitución y la ley, o entre ésta y la sentencia judicial es «una relación de determinación o vinculación»<sup>543</sup>. No obstante, esta determinación no es nunca completa, sino parcial (o relativa), es decir, es en parte determinada y en parte indeterminada, pues la

---

<sup>539</sup> *Ibidem*.

<sup>540</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 349.

<sup>541</sup> *Ibidem*.

<sup>542</sup> Ya lo dije, para la Teoría pura la *estructura escalonada* del Derecho despliega importantes consecuencias en la interpretación, pues ésta es un procedimiento intelectual que acompaña al proceso *creativo* del Derecho en su tránsito desde la norma superior hasta la norma inferior, *Ibidem*.

<sup>543</sup> KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 75.

norma superior no puede vincular o determinar en todos los sentidos o aspectos al acto que la aplica, o lo que es lo mismo, «todo acto jurídico, sea un acto de producción de Derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el Derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el Derecho, quedando en parte indeterminado»<sup>544</sup>. Hay entonces (siempre) en el acto de creación o de ejecución un espacio más o menos amplio para la *discrecionalidad*. Hasta la orden más concreta deja al ejecutor un cierto espacio de discrecionalidad: «Si el órgano A dispone que el órgano B debe detener al súbdito C, el órgano B ha de decidir según su libre apreciación cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y éstas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano A no ha previsto en su mayor parte, ni podría prever»<sup>545</sup>.

La indeterminación relativa de la disposición superior puede ser intencionada o no-intencionada. Es *intencionada* si se deriva del propósito o de la voluntad del órgano creador de la disposición superior y que puede estar referida «tanto al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada, es decir, tanto al “cómo” cuanto al “qué” del acto a realizar»<sup>546</sup>. La creación de una disposición superior de esta naturaleza se realiza siempre bajo el supuesto de que la disposición inferior creada como ejecución de aquélla dará continuidad al proceso de determinación del Derecho. «La ley penal prevé para el caso de un determinado delito una pena pecuniaria o contra la libertad, y deja al juez la decisión de aplicar al caso concreto una pena u otra, y el grado en que ha de aplicarse, para lo cual fija la ley un límite máximo y un límite mínimo»<sup>547</sup>. Es *no-intencionada* (y por tanto forzosa e inevitable) si se deriva de las peculiaridades del lenguaje jurídico (en parte técnico) y que generalmente adolece de ambigüedad y vaguedad. En este sentido, la indeterminación deriva de la propia naturaleza de la disposición superior, esto es, de si la palabra o la sucesión de palabras en que se expresa la disposición presentan distintos significados: «el sentido lingüístico [o gramatical] de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles»<sup>548</sup>. En este punto se ha sostenido que «[e]n cualquiera de esas y de otras situaciones semejantes el juez se ve inevitablemente abocado a la

---

<sup>544</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 350.

<sup>545</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 76.

<sup>546</sup> Ídem, p. 77.

<sup>547</sup> *Ibidem*.

<sup>548</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 351.

discrecionalidad, pues tendrá que elegir una alternativa de entre las concurrentes y lo hará con base en una preferencia valorativa estrictamente personal»<sup>549</sup>.

La indeterminación relativa de la disposición superior (sea intencionada o no-intencionada) permite que existan varias posibilidades de aplicación del Derecho, o lo que es lo mismo, que el acto jurídico que haya de cumplirse pueda configurarse de tal suerte que responda (o corresponda) a una u otra de las significaciones posibles de la disposición superior. Esta idea de la correspondencia del acto de aplicación con uno de los significados posibles de la disposición superior permite que se pueda aludir implícitamente a la existencia de un marco normativo. Ese marco es la “disposición” superior. En efecto, para la Teoría pura la disposición superior es sólo «un marco» que el acto de aplicación se encarga de llenar. Dicho de otro modo, «la [disposición superior] que ha de ejecutarse es un marco dentro del cual existen varias posibilidades de ejecución; por tanto, todo acto que se realiza dentro de este marco, llenándole de algún modo, es un acto jurídico regular»<sup>550</sup>. En ese sentido, dado que la interpretación supone la determinación del significado de la disposición jurídica, el resultado de esta actividad sólo puede ser (o no puede ser otro que) la determinación del marco representado por la disposición, y con ello, el conocimiento de las diversas posibilidades que existen dentro de dicho marco. ¿A qué se refiere la Teoría pura cuando expresa que la disposición tiene diversos significados posibles?, ¿es posible extraer de la Teoría pura rasgos de la distinción entre disposición y norma?. Si bien no hay en la Teoría pura ninguna referencia expresa al respecto, parece que si es posible extraer algunos rasgos de la distinción entre formulación normativa (disposición) y contenido significativo (norma). La idea misma de la existencia de más de un significado de la disposición confirmaría este planteamiento. A partir de esta idea se ha llegado incluso a defender que en la Teoría pura la expresión “norma” se identifica preferentemente con el contenido de significado. En efecto, se ha sostenido que «no hay duda de que en el seno de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica, el término “norma” debe ser entendido como referido (al menos prevalentemente) al contenido de significado de las formulaciones normativas»<sup>551</sup>.

---

<sup>549</sup> GARCÍA AMADO, J.A., *El Derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá: Universidad Externado, 2010, p. 417.

<sup>550</sup> KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

<sup>551</sup> GUASTINI, R., *Distinguiendo*, cit., p. 258.

Que las disposiciones jurídicas superiores del Derecho sean relativamente indeterminadas, no significa que el Derecho (en tanto orden jurídico) sea indeterminado o parcialmente indeterminado, y ello es así, porque según la Teoría pura el Derecho regula toda conducta humana. Es decir, según este punto de vista, la regulación del Derecho se produce tanto *positivamente* al “ordenar” o “prohibir” una determinada conducta como *negativamente* al “no ordenar” o “no prohibir” una determinada conducta, esto último se ve reflejada en la expresión de que “*lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido*”<sup>552</sup>. Es sobre esta base que la Teoría pura sostiene que en el Derecho no existen lagunas (el Derecho carece de lagunas) pues entiende que la aplicación del Derecho opera en todos los casos, sea cuando se ampara la pretensión o sea cuando se rechaza la pretensión por no existir norma aplicable al caso, o lo que es lo mismo, en cualquiera de los dos resultados, sea que se ampare o se rechace la pretensión el Tribunal aplica el Derecho existente (la sentencia se produce en aplicación del Derecho); en este último caso, el Tribunal aplica el Derecho existente que permite (o no prohíbe) la conducta humana contra la cual se dirige la demanda<sup>553</sup>.

En resumen, para la Teoría pura «el orden jurídico siempre es aplicado por un Tribunal en un caso concreto, aún en el caso en que el orden jurídico, en opinión del Tribunal, no contenga ninguna norma general, que regule positivamente la conducta»<sup>554</sup>. Sobre esta base, para la Teoría pura la tesis de la tradición jurídica que sostiene que existe una laguna cuando no hay disposición jurídica que sea aplicable al caso –y que para resolver el juez tiene que colmar la laguna mediante la creación de una nueva disposición jurídica–, es falsa por cuanto «reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido»<sup>555</sup>, y más bien, señala que en estos casos “de laguna” la aplicación del Derecho no resulta

---

<sup>552</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 252.

<sup>553</sup> En palabras de Kelsen «[t]anto en el caso en que el tribunal admite la demanda o querella, como también en el caso en que las rechace absolviendo al acusado, la sentencia judicial se produce en aplicación del orden jurídico válido, especialmente también en el caso en que el tribunal rechaza la demanda o absuelve al acusado por entender que, en su opinión, no existe ninguna norma general válida que enlace una sanción a la conducta del demandado o acusado que el demandante privado o el acusado público afirman, y que posiblemente se haya dado en los hechos», *Ibidem*. Agrega el autor que ello constituye una aplicación del Derecho por cuanto esa conducta «se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida», *Ídem*, p. 254.

<sup>554</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 254.

<sup>555</sup> *Ídem*, p. 255.



(lógicamente) imposible, puesto que si bien puede no ser posible «la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de Derecho. La aplicación del Derecho no está lógicamente excluida»<sup>556</sup>. De otro lado, según la Teoría pura no es frecuente recurrir a la afirmación de la existencia de una laguna en todos los casos, sino más bien sólo cuando el Derecho existente es favorable por ejemplo a la parte demandada o acusada y es considerado este estado como algo injusto o inconveniente. En efecto, se señala que la existencia de una laguna «sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-político, la aplicación lógicamente posible del Derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación»<sup>557</sup>.

Otra de las cuestiones que aborda la Teoría pura es la posibilidad o no de la “única” respuesta correcta como producto de la interpretación. La tradición jurídica sostiene que la interpretación «no debe limitarse a señalar el marco de los actos jurídicos de ejecución»<sup>558</sup>, sino que debe desarrollar también otra tarea que es mucho más importante y que consiste en «completar de modo correcto el mencionado marco»<sup>559</sup>, es decir, que la finalidad de la interpretación también debe estar orientada a la determinación del único significado correcto de la disposición (la “única” respuesta correcta). No obstante, la idea del establecimiento del marco que representa la disposición y la elección de *una* (no la única) de las significaciones posibles que postula la Teoría pura se contrapone a la tradición jurídica. Para la Teoría pura, crear una sentencia o un acto administrativo con respuesta *correcta* a partir de la ley en esencia es una función “idéntica” a la de crear una ley *correcta* dentro del marco de la Constitución. Es decir, así como no es posible crear una ley correcta sólo mediante la interpretación de la Constitución tampoco es posible obtener una sentencia correcta sólo mediante la interpretación de la ley.

Para la Teoría pura, la interpretación de la Constitución o de la ley «no tiene [por qué conllevar] necesariamente a una decisión única, como si sólo ella fuese [la decisión

---

<sup>556</sup> Ibidem.

<sup>557</sup> Ibidem.

<sup>558</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

<sup>559</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 104.

correcta], sino a varias decisiones, cada una de las cuales (desde el punto de vista de la norma [aplicable]) posee idéntico valor que las demás, si bien sólo una de ellas llega a ser Derecho positivo en la sentencia judicial»<sup>560</sup>. Dicho de otro modo, «el significado de una norma jurídica que se convierte en obligatorio por una interpretación auténtica –general o individual– no es ni más ni menos “verdadero” que los demás significados excluidos por la interpretación»<sup>561</sup>. En ese sentido, cuando se afirma que una sentencia está fundada en Derecho, por ejemplo, en la Constitución o en la ley, «no quiere decirse otra cosa sino que está dentro del marco representado por aquélla; significa que es una, no la única [de las significaciones] posibles dentro del marco de la norma general»<sup>562</sup>. De este modo, se rechaza la idea de la tradición jurídica que pretende hacer creer que «la [Constitución o la] ley, cuando se aplica al caso, puede proporcionar siempre *una* única decisión correcta y que la “corrección” jurídico–positiva de la decisión se fundamenta en la propia [Constitución o la] ley»<sup>563</sup>.

Según la tradición jurídica la interpretación ofrece el método jurídico (o debe desarrollar un método) para completar de modo correcto el marco de la disposición jurídica. Esta idea, sin embargo, es rechazada por la Teoría pura, pues desde esta perspectiva ni es función de la interpretación auténtica determinar el “verdadero” significado de la disposición (sino hacer obligatorio uno de los significados de la norma) ni existe criterio alguno sobre cuya base pueda preferirse una u otra de las significaciones posibles del marco de la disposición aplicable. Sobre esto último, se señala que en la medida en que son varios los significados posibles de la norma «[n]o hay ningún método “jurídico-positivo” según el cual sólo una de las distintas significaciones [de la disposición] pudiera ser considerada como “justa” [o “correcta”]»<sup>564</sup>, es decir, de los métodos que ofrece la tradición jurídica de ninguno de ellos se puede pretender alguna preferencia sobre los demás, y ello es así porque «los diferentes métodos de interpretación pueden atribuir diferentes significados a una misma disposición. A veces, incluso un mismo método, especialmente el llamado método gramatical conduce a

---

<sup>560</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

<sup>561</sup> Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XV.

<sup>562</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

<sup>563</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 104.

<sup>564</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 80.

resultados contradictorios»<sup>565</sup>. De esto se sigue que «[t]odos los métodos de interpretación presentados por la tradición jurídica hasta ahora no han llevado sino a una solución posible, nunca [a la “única” respuesta correcta]»<sup>566</sup>. Así, para la Teoría pura la posibilidad de determinar la “única” respuesta correcta a través del método jurídico es una cuestión que rebasa a la teoría jurídica del Derecho. Es decir, que «[l]a cuestión acerca de cuál de las significaciones existentes en el marco de una [disposición] es la [correcta], es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico; no es un problema de teoría [del Derecho], sino de política del Derecho»<sup>567</sup>, o lo que es lo mismo, la elección de uno de los significados (de entre los diversos significados) está determinada por motivos políticos. De esta perspectiva, se sostiene que lo que se convierte en obligatorio «[n]o es el significado lógicamente “verdadero”, es el significado políticamente preferido de la norma interpretada. La interpretación auténtica puede incluso atribuir a una norma jurídica un significado que una interpretación no-auténtica nunca se atrevería a mantener. Es decir, mediante una interpretación auténtica una norma jurídica puede ser sustituida por otra norma de contenido totalmente diferente»<sup>568</sup>.

Por último, la cuestión que queda por determinar es si según la Teoría pura la interpretación del Derecho es un acto de conocimiento o un acto de voluntad. Para la tradición jurídica, la disposición superior no suministra la determinación del acto jurídico que precisa realizar, pero esa determinación puede ser obtenida a través de un acto de conocimiento del Derecho existente. Así, la tradición jurídica entiende que la interpretación es un acto puramente intelectual o racional: «el intérprete pone en juego su inteligencia, pero no su voluntad»<sup>569</sup>. O mejor aún, precisamente porque la interpretación que es una actividad puramente intelectual es posible seleccionar de entre las diversas significaciones de la disposición una que sea conforme al Derecho positivo, esto es, «una que sea correcta en el sentido del Derecho positivo»<sup>570</sup>. La Teoría pura del Derecho, en cambio, señala que la idea de que la interpretación jurídica es un acto de conocimiento del Derecho existente, esto es, una actividad en la que se pueden obtener nuevas normas de las ya existentes es una

---

<sup>565</sup> Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XIII.

<sup>566</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 352.

<sup>567</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 80 y 81.

<sup>568</sup> Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XV.

<sup>569</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 80.

<sup>570</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, cit., p. 105.

contradicción, pues colisiona con la idea de la posibilidad misma de toda interpretación. En lugar de ello, sostiene que el juez posee libertad relativa para crear Derecho: «la creación de la norma individual [sentencia] en el procedimiento de ejecución [de la Constitución o] de la ley –con el cual se llena de contenido concreto el marco de la norma general–, es una función de la voluntad»<sup>571</sup>, no un acto de conocimiento.

En efecto, para la Teoría pura la interpretación auténtica sea general o individual es un acto puro de creación del Derecho. Enfatiza, «[e]sto es obvio en el caso de la interpretación general efectuada por el legislador. Pero un acto de interpretación individual también tiene un carácter de creación del Derecho. La decisión de una autoridad judicial o administrativa que aplica una norma general –que tiene varios significados– a un caso concreto sólo puede corresponder a uno de éstos significados y debe por tanto excluir a los demás»<sup>572</sup>. De todo esto, la Teoría pura concluye que en la actividad interpretativa de las normas jurídicas, «[e]s por la decisión que uno de los diversos significados de la [disposición] aplicada se convierte en obligatorio; es principalmente por esto, aunque no sólo con respecto a su función interpretativa que la decisión judicial o administrativa tiene un carácter creador de Derecho»<sup>573</sup>. Dicho de otro modo, «el alcanzar una norma individual [sentencia judicial] a través del proceso de aplicación de la [Constitución o de la] ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una función volitiva»<sup>574</sup>.

No obstante, merece advertir que según este modo de ver no existiría una distinción clara entre creación y aplicación del Derecho en la medida que todo acto jurídico es a la vez producción y aplicación del Derecho. Por ejemplo, la ley es obviamente creación de normas generales, pero al mismo tiempo es aplicación de las disposiciones constitucionales. La jurisdicción, a su vez, es tanto aplicación de normas constitucionales o legales como la creación de normas individuales. Pero es claro que habrían algunas excepciones: la Constitución es creación del Derecho y nada más, no hay norma positiva superior alguna que aplicar. Aunque, para la Teoría pura del Derecho existe una diferencia entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley, pero que esta diferencia es

---

<sup>571</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 82.

<sup>572</sup> Kelsen, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XV.

<sup>573</sup> *Ibidem*.

<sup>574</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 353 y 354.

sólo cuantitativa y no cualitativa. Así, se sostiene que la limitación o vinculación material impuesta al legislador «es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de Derecho que el juez, pero éste también es creador de Derecho»<sup>575</sup> y también es relativamente libre en el desarrollo de esta función.

Llegado hasta aquí, sin embargo, no puede concluirse que la actividad cognoscitiva no está presente en la interpretación del Derecho, pues no se puede negar que «en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra»<sup>576</sup>. Pero además, la Teoría pura sostiene que a través de la interpretación auténtica, esto es, mediante la interpretación de una norma que el juez tiene que aplicar «no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable»<sup>577</sup>. Dicho de otro modo, si al interpretar y aplicar la Constitución o la ley «se ejercita una actividad cognoscitiva que va más allá de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de moverse el acto que pretende realizarse, no se trata ya del conocimiento del Derecho positivo, sino del conocimiento de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de creación jurídica, [tales como] las normas de la moral, de la justicia, juicios sociales de valor que acostumbran a expresarse en los tópicos del “bien del pueblo”, “interés del Estado”, “progreso”, etc.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, nada puede decirse acerca de su validez; tampoco se las puede caracterizar de modo positivo, sino sólo negativamente: son determinaciones que no proceden del Derecho positivo»<sup>578</sup>. Bien, en relación con éste (con el Derecho positivo), la actividad interpretativa es libre, esto es, queda a la libre discrecionalidad del órgano competente para realizarlo «como si el Derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese

---

<sup>575</sup> Ídem, p. 353.

<sup>576</sup> Ídem, p. 354.

<sup>577</sup> Ídem, pp. 354 y 355.

<sup>578</sup> Ídem, p. 354.

modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas»<sup>579</sup>. En resumen, según la Teoría pura aún si la elección de uno de los significados posibles se encuentra fuera del marco de la disposición jurídica aplicable, y por tanto, fuera del Derecho positivo, por el sólo hecho de haber sido realizado a través de la interpretación auténtica, tal elección supone también un acto de creación de Derecho.

### 3. La teoría intermedia (o ecléctica)

La teoría intermedia sostiene que la interpretación es a veces una actividad (puramente) cognoscitiva (es decir, un acto de conocimiento o del conocimiento) que consiste en *descubrir, verificar, o conocer* el “único” y “verdadero” significado propio o preexistente de las disposiciones de la Constitución, y, a veces, es también una actividad (puramente) volitiva (es decir, un acto de voluntad o de la voluntad) que consiste en *decidir, adscribir, elegir o crear* el significado de las disposiciones de la Constitución<sup>580</sup>. La teoría intermedia se basa en la idea de la indeterminación parcial del Derecho debido a su textura abierta (el Derecho es parcialmente indeterminado o parcialmente determinado), es decir, que el lenguaje (las palabras) en el que están expresadas (todas) las disposiciones constitucionales presentan «un “núcleo esencial” luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”»<sup>581</sup>. De esto se sigue que para toda disposición de la Constitución existen «casos “fáciles”, que [caen en el “núcleo esencial” luminoso], como también casos marginales “difíciles”, respecto a los cuales la aplicabilidad de la [disposición jurídica] es controvertida»<sup>582</sup>.

Dicho en otras palabras «junto a los casos “claros”, en los cuales la aplicación de [la disposición] no supone problema alguno, ya que caen en su ámbito de aplicación de un modo evidente, existen siempre casos “difíciles” o “dudosos” en los cuales el juez ejerce su poder discrecional. Cuando un juez decide un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la [disposición]: su enunciado interpretativo puede ser verdadero o falso. Por el contrario, cuando resuelve un caso difícil, realiza un acto de voluntad: su enunciado interpretativo está

---

<sup>579</sup> Ibidem.

<sup>580</sup> Por ejemplo Chiassoni señala que «la interpretación textual en ocasiones es una actividad puramente cognoscitiva, y en otras ocasiones, es también volitiva y, si se da el caso, creativa», CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 164.

<sup>581</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 16.

<sup>582</sup> Ídem, pp. 16 y 17.

privado del valor de verdad»<sup>583</sup>. En efecto, según esta teoría la actividad interpretativa puede ser un acto de conocimiento o un acto de voluntad, dependiendo de si el caso sometido al juez es “fácil” o “difícil”. Es una actividad puramente cognoscitiva en los casos claros o fáciles, como sería el caso, cuando el juez atribuye un significado a una disposición constitucional «sobre la base únicamente de reglas sintácticas y semánticas empíricamente comprobables, a la luz de las cuales todo vocablo de una disposición asume un significado preciso»<sup>584</sup>.

Y es una actividad necesariamente volitiva en los casos dudosos o difíciles. Esta actividad volitiva puede estar representada –al menos– en dos maneras: Para atribuir un significado a una disposición constitucional el juez o bien elige entre dos o más significados concurrentes, o bien estipula las reglas sintácticas. En este último supuesto –se dice– que el juez constitucional “crea” el significado de la disposición constitucional<sup>585</sup>. En definitiva, la teoría intermedia impone a los jueces un código hermenéutico sólo en los casos claros o fáciles, según el cual, el significado del texto constitucional (el producto de la interpretación) es la reproducción del Derecho por parte del juez constitucional, mientras que en los casos dudosos o difíciles el significado del texto constitucional (el producto de la interpretación) es la elección o decisión del juez constitucional<sup>586</sup>.

Ahora bien ¿en qué se diferencia esta teoría intermedia de la teoría escéptica moderada?. A mi modo de ver, la diferencia radica principalmente en que la teoría escéptica moderada contempla la combinación en todos los casos de procesos cognitivos y volitivos a la vez, es decir, el juez descubre los diversos significados de la disposición constitucional a través de un acto del conocimiento, y luego elige uno de ellos (el significado preferido) a través de un acto de la voluntad, mientras que, la teoría intermedia entiende que la interpretación es un acto del conocimiento sólo si el caso es fácil, y es un acto de la voluntad sólo si el caso es difícil.

### **3.1. La creación judicial intersticial u ocasional del Derecho**

---

<sup>583</sup> GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, cit., pp. 40 y 41.

<sup>584</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 164.

<sup>585</sup> Ibidem.

<sup>586</sup> Describe Chiassoni que la idea de respeto al texto de la Constitución desde la perspectiva *intermedia* se presenta como un «objetivo realizable, pero únicamente en los casos claros. En los casos de duda, por el contrario, se puede aspirar como mucho a una fidelidad activa y dinámica», Ídem, pp. 164 y 165.

Existe desacuerdo en afirmar si Holmes era o no propiamente un realista americano, pero lo que no se puede negar es que es el precursor de los planteamientos básicos del movimiento realista<sup>587</sup>. Holmes desde un primer momento criticará al pensamiento formalista y logicista con la expresión de que «la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia»<sup>588</sup>. Esta expresión ha sido entendida en varios sentidos, pero las interpretaciones que deben ser excluidas son aquellas que hacen una llamativa a la discrecionalidad judicial “ilimitada” o a la arbitrariedad judicial; ello porque Holmes *no* rechazó totalmente la lógica, lo que hizo es comprender su ámbito, naturaleza y límites<sup>589</sup> y a partir de estos límites verificar la falacia o ilusión que predominaba en el pensamiento jurídico de la época: la noción de que «la única fuerza que opera en el desarrollo del Derecho es la lógica»<sup>590</sup>. Es decir, frente a la idea de que existe un cuerpo de Derecho (o cuerpo de precedentes) que actúa a modo de un orden preestablecido y que debe ser descubierto por el juez y luego aplicado al caso a través de un procedimiento lógico-deductivo sostendrá que resulta difícil no rechazar la idea de que ese cuerpo de Derecho exista y de que «la única tarea que concierne a cualquier tribunal es la de [descubrirlo o] comprenderlo con claridad. Si existiera ese cuerpo de Derecho» agrega, los tribunales en sus decisiones «harían lo correcto al utilizar su juicio independiente para determinar cuál es. Pero [la realidad dice que] no existe tal cuerpo de Derecho»<sup>591</sup> como tampoco existe «un cuerpo de precedentes que nos vincule y que nos limite al ámbito de la deducción lógica a partir de reglas establecidas»<sup>592</sup>.

En sentido contrario, a través de una conocida expresión dirá que «[l]as profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo

---

<sup>587</sup> Por ejemplo Arjona Sebastià señala que «sin ser Holmes un realista sí es legítimo plantearse su conexión, en gran medida inconsciente con el realismo. Para empezar, los realistas mismos lo consideraron un precursor de su movimiento, una especie de líder intelectual», ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, cit., pp. 16 y 17.

<sup>588</sup> HOLMES, O.W., *The Common Law*, London: Macmillan & Co, 1882, p. 1.

<sup>589</sup> ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, cit., p. 20.

<sup>590</sup> HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, trad. de J.I. Solar Cayón, del original: *The Path of the Law* (1897), Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 68.

<sup>591</sup> HOLMES, O.W., *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, trad. de C. Arjona Sebastià, del original: *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes* (1929), Madrid: Iustel, 2006, p. 208, las dos citas.

<sup>592</sup> Ídem, p. 230. En sentido similar Solar Cayón señala que «[f]rente a la visión imperante del Derecho como un orden preestablecido a ser descubierto mediante el desarrollo de procesos rígidamente deductivos, Holmes enfatizará que la lógica no es la única fuerza, ni siquiera la más importante, que opera en el desarrollo de las instituciones jurídicas. En su opinión, el Derecho constituye ante todo un depósito vivo de las fuerzas morales que alientan el desarrollo histórico de una nación», SOLAR CAYÓN, J.I., “Estudio Preliminar. Holmes, cit., p. 26.



por el Derecho»<sup>593</sup>. De esto se sigue que, según este punto de vista las decisiones judiciales no son emitidas en base a una aplicación deductiva (o mecánica) de reglas predeterminadas o pre-configuradas, sino en base a reglas elaboradas por los jueces, pues las disposiciones constitucionales carecen de un “único” significado preexistente susceptible de ser aplicado deductivamente por los jueces<sup>594</sup>. En ese sentido, señalará que «[l]as grandes disposiciones de nuestra Constitución no establecen campos que puedan separarse como el blanco y el negro. Incluso las más específicas acaban constituyendo una especie de penumbra que se desplaza gradualmente de un extremo al otro»<sup>595</sup>. Si ello es así, sostendrá que presentado el caso corresponde al juez crear o decidir (“legislar” en palabras de Holmes) el significado de la disposición constitucional (y no aplicar deductivamente un significado preexistente), y es esto (y no otra cosa) lo que realmente hacen los jueces cada vez que resuelven un caso. Dirá Holmes que cuando los jueces dictan «una regla de conducta aplicable a un individuo [o a una institución] que si no fuera por esa regla sería libre es legislar; sin embargo, es algo que los jueces hacen cada vez que determinan cuál de entre dos principios en conflicto debe prevalecer»<sup>596</sup>.

Que sean los jueces los que han de crear o decidir el sentido del Derecho para su aplicación no quiere decir que las disposiciones de la Constitución no son en realidad Derecho (pues la propia existencia de los tribunales es una creación normativa) ni que tales disposiciones no sean observadas por los jueces al momento de resolver los casos, lo único que quiere decir es que las disposiciones constitucionales o los precedentes no son aplicadas deductivamente (o mecánicamente) por los jueces<sup>597</sup>. Una frase bastará para rechazar cualquier visión de

---

<sup>593</sup> HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, cit., p. 60.

<sup>594</sup> En sentido similar Solar Cayón señala que «[e]l texto constitucional se configura para Holmes como un marco abierto a plurales interpretaciones, susceptible de albergar en su seno diversas concepciones políticas, éticas y económicas», SOLAR CAYÓN, J.I., “Estudio Preliminar. Holmes, cit., p. 26.

<sup>595</sup> HOLMES, O.W., *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, cit., p. 217. En otro momento Holmes señala que «las disposiciones generales no deciden caso concretos», en estos casos, «la decisión dependerá de un juicio o intuición más sutil que cualquier premisa mayor articulada», POSNER, R.A. (ed.), *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writing of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago: University of Chicago Press, 1992, p. 306, las dos citas.

<sup>596</sup> HOLMES, O.W., *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, cit., p. 217.

<sup>597</sup> En efecto Holmes incluso antes de ser magistrado de la Corte Suprema de EE.UU ya había señalado que «[c]onfío que nadie pensará que estoy hablando con desprecio del Derecho simplemente porque lo critico de esta manera tan libre. Yo venero el Derecho, y especialmente nuestro sistema jurídico, como uno de los más grandes productos de la mente humana», sin embargo, esto no puede suponer que uno no pueda «criticar incluso aquello que reverencia. Mi vida está consagrada al Derecho y no le mostraría la devoción debida si no

escepticismo radical en la concepción de Holmes: «un juez del common law no podría decir “considero la doctrina del consentimiento un pedazo de sinsentido histórico y no voy a ponerla en práctica en mi tribunal”»<sup>598</sup>, por el contrario, él (los jueces) considera que las disposiciones de la Constitución (o los precedentes) son elementos importantes para la toma de las decisiones, pero cuyo significado no preexiste a la interpretación y es susceptible de ser aplicado de manera lógico-deductiva, sino que es producto de la interpretación del juez: el juez crea Derecho<sup>599</sup>. Así las cosas, surge la interrogante, para Holmes ¿*los jueces crean Derecho en todos los casos?*. La respuesta es, no. En su día el propio Holmes señalará lo siguiente: «admito sin vacilación que los jueces de hecho legislan y deben legislar, pero sólo pueden hacerlo intersticialmente»<sup>600</sup>. Es decir, Holmes utiliza aquí la expresión “*intersticial*” para resaltar el carácter “*ocasional*” del poder de creación del Derecho por parte de los jueces. En ese sentido, los jueces crean Derecho (tienen poder de creación del Derecho) sí, pero sólo de manera “intersticial” u “ocasional”, lo que (obviamente) significa que en la gran mayoría de casos los jueces sólo aplican deductivamente el Derecho existente (recuérdese Holmes *no* rechazó totalmente la lógica, y con ella la aplicación lógico-deductiva de las reglas). En efecto, se ha señalado que si bien el responsable de esta concepción «proclamaba que los jueces legislan y deben legislar en ciertos puntos, él admitía que una vasta área del Derecho legislado y muchas de las doctrinas del *common law*» están «suficientemente determinadas como para hacer absurda la visión del juez como, esencialmente, legislador. Así, para Holmes, la función creadora del Derecho de los jueces era “intersticial”. La teoría de Holmes no era una filosofía de “a toda máquina y olvidemos los silogismos»<sup>601</sup>.

Llegado hasta aquí, queda claro entonces que según esta corriente de pensamiento el juez constitucional descubre y aplica el Derecho existente en la gran mayoría de los casos, es

---

hiciera todo lo que está en mis manos para mejorarlo», HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, cit., pp. 83 y 84.

<sup>598</sup> POSNER, R.A. (ed.), *The Essential Holmes*, cit., p. 230.

<sup>599</sup> Por ejemplo Arjona Sebastià señala que una lectura de los votos discrepantes será suficiente para verificar el trabajo fino y forzado que Holmes «lleva a cabo, respetuosamente vinculado por las normas jurídicas (sea en forma de Constitución, Derecho legislado o decisiones e interpretaciones judiciales) y poniendo en juego sus mejores habilidades para resolver conforme a ellas. Que esas habilidades incluyeran arriesgados balances o interpretaciones en aquel momento no compartidas por sus colegas no desmerece lo dicho», ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, cit., p. 34.

<sup>600</sup> POSNER, R.A. (ed.), *The Essential Holmes*, cit., p. 230.

<sup>601</sup> HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana, cit., p. 332.

decir, que en estos casos –como ocurre en la teoría cognitiva– el juez se limita a descubrir o conocer el significado preexistente de la disposición constitucional y luego lo aplica el caso concreto, y por el contrario, sólo tiene poder de creación del Derecho en pocos casos, es decir, el juez constitucional crea el significado de la disposición constitucional sólo algunos casos. Estos casos serían los casos difíciles (“discutibles” en palabras de Holmes). En efecto, Holmes señala que «[e]n todos los asuntos *discutibles* existen deseos en conflicto cuya realización exige medios incompatibles, por lo que surge la siguiente pregunta: ¿cuál de ellos tiene derecho a prevalecer en el caso específico?. Y [es claro que para estos] temas a lógica no nos conduce muy lejos»<sup>602</sup>, entonces la solución sólo puede operar a través de una elección sobre el Derecho aplicable por parte de los jueces. O dicho de otro modo, dado que estos casos (los casos difíciles) no pueden ser resueltos de manera deductiva como sí ocurre en la gran mayoría de los casos, la solución de ellos requiere de la elección del Derecho aplicable; de modo que es posible concluir que el juez constitucional crea Derecho (o elige el significado de las disposiciones de la Constitución) sólo en los casos debatibles (o difíciles). De este modo, cuando Holmes sostiene que las decisiones que los tribunales emitirán, y nada más pretencioso que eso, será para él el Derecho<sup>603</sup>, en realidad se está refiriendo sólo a los casos discutibles o debatibles.

### 3.2. La “textura abierta” y la indeterminación parcial del Derecho

En base en la construcción teórica de Waismann sobre la “textura abierta” de los conceptos Hart sostiene que la delimitación de las reglas (disposiciones de la Constitución) sólo es posible respecto de ciertas direcciones o situaciones, no se puede delimitar las reglas en *todas* las direcciones posibles, por lo que en cada regla existen situaciones no previstas o *a priori* no se sabe si están previstas o no<sup>604</sup>. En efecto, «[p]or mucho que tratemos, ningún concepto está delimitado de modo que no quepa ninguna duda. Proponemos un concepto y lo delimitamos en *algunas* direcciones; por ejemplo, definimos el oro en contraste con algunos otros metales, como las aleaciones. Esto es suficiente para nuestras necesidades actuales y no indagamos más allá»<sup>605</sup>; de esto se sigue que en cada regla existen situaciones

<sup>602</sup> HOLMES, O.W., “Ideal and Doubts”, *Illinois Law Review*, Vol. 10, Núm. 1, 1915, p. 3, cursiva agregada.

<sup>603</sup> HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, cit., p. 60.

<sup>604</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 155-191.

<sup>605</sup> WAISMANN, F., “Verificabilidad”, trad. de P. Villegas, del original: *Verifiability* (1945), en PARKINSON, G.H.R. (ed.), *La teoría del significado*, México D.F.: FEC, 1976, p. 61.

no previstas (presentes o futuras) o que existe duda si están previstas o no, pues no se puede delimitar un concepto de manera tal que excluya toda posibilidad de una imprevisión o de una duda; es esto lo que se denomina “textura abierta” de un concepto<sup>606</sup>.

La tesis de Hart es, sin embargo, más extensiva. Así, para este autor la “textura abierta” del Derecho obedece básicamente a dos factores: *la realización del control social del Derecho mediante reglas generales*, es decir, dado que el Derecho tiene como objetivo principal la regulación de la conducta de las personas éste debe consistir fundamentalmente «en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo»<sup>607</sup>. De esta regulación de la conducta humana a través de reglas generales se sigue que no se puede saber con certeza cuáles son todas las conductas exigidas por las reglas ni cuáles son todos los casos particulares que caen en el ámbito de aplicación de tales reglas<sup>608</sup> y, *la imposibilidad de delimitar las reglas en todas las direcciones posibles*, es decir, que debido a la variedad y a la combinación infinita de los hechos no se puede delimitar, definir o fijar las reglas en *todas* las direcciones o situaciones posibles, por lo que en cada regla existen situaciones no previstas o *a priori* no se sabe si están previstas o no.

Esto puede ocurrir, o bien porque hay situaciones que el concepto no las incluye, pues cuando se elaboran los conceptos generalmente se hace pensando sólo en ciertos hechos y se obvia voluntaria o involutamente otros hechos (impresión actual), o bien porque en el futuro pueden surgir otros hechos; son los que no ocurren en el momento, pero pueden ocurrir, de ahí que no se pueda excluir la posibilidad de que surja una situación no prevista (impresión futura) y que puede obligar a modificar el concepto<sup>609</sup>; respecto de todas estas situaciones o existe duda (no se sabe con certeza) si la regla les resulta aplicable o no, o,

---

<sup>606</sup> Ídem, p. 62.

<sup>607</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 155. De ese modo, este autor enfatiza que el Derecho tiene que referirse «en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones que el Derecho efectúa», Ibidem.

<sup>608</sup> En palabras de Hart «[a]un cuando se usen las reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos», Ídem, p. 157.

<sup>609</sup> WAISMANN, F., “Verificabilidad”, cit., pp. 60 y 61.

simplemente no hay regla aplicable. Esta es pues «una característica de la condición humana [y por tanto, también de la condición de los padres constituyentes] que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no [vaga o no ambigua] y por adelantado alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales [para ser utilizadas en los casos particulares] nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos [que el futuro puede deparar]; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos [con relación a los hechos actuales]»<sup>610</sup>.

Sobre la base de la “textura abierta” de los conceptos esta teoría entiende que el Derecho es *parcialmente* indeterminado<sup>611</sup>, es decir, que a diferencia de la teoría cognitiva no concibe que el Derecho es totalmente determinado (pues, no ignora la indeterminación del Derecho) donde el juez es un mero aplicador del Derecho ni tampoco concibe como hace la teoría escéptica que el Derecho es totalmente indeterminado (pues, no exagera la indeterminación del Derecho) donde el juez crea Derecho; al contrario, señala que en lugar de predicar los postulados de la teoría cognitiva y la teoría escéptica que son dos extremos antagónicos, conviene conciliar ambas “necesidades”<sup>612</sup>: «por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los [jueces], sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial

---

<sup>610</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 160. Agrega este autor que «[s]i el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica “mecánica”», *Ibidem*.

<sup>611</sup> Para Waismann, sin embargo, la “textura abierta” es una posibilidad de vaguedad y no directamente de indeterminación. Así señala que hay un problema de vaguedad cuando una palabra, por ejemplo, “orden público”, “interés social” o “buenas costumbres” son usadas de manera fluctuante en la vida real; en cambio, la palabra “Diputado” puede no ser vaga, pero es no-exhaustiva o de “textura abierta” por cuanto no delimita todas las direcciones o situaciones posibles; la “textura abierta” sería algo así como la posibilidad de vaguedad y, mientras que la vaguedad *puede* ser remediada con reglas más precisas, la “textura abierta” *no*, y ello porque las definiciones de los términos abiertos son siempre susceptibles de corrección o de enmienda, WAISMANN, F., “Verificabilidad”, cit., p. 62.

<sup>612</sup> Hart en otro momento señalará que para «sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad [o suelen proveer] una correspondiente variedad de técnicas», HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 163.

informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenta en un caso concreto»<sup>613</sup>.

En otro momento, señalará incluso de manera más enfática que la teoría cognitiva según la cual los jueces nunca crean Derecho y la teoría escéptica según la cual los jueces siempre crean Derecho son, de un lado, el “noble sueño”, y de otro lado, la “pesadilla” y que «[c]omo otras pesadillas y otros sueños, los dos son, [simples] ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en su horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hace una cosa y otras veces otra»<sup>614</sup>. La idea de la “vigilia” estaría compuesta –según esta postura– por dos campos importantes: de un lado, la zona de certeza o núcleo de certeza referida a los casos claros o casos fáciles, y de otro lado, la zona de duda o penumbra de duda referida a los casos dudosos o casos difíciles. En se sentido, dado que toda regla adolece de la “textura abierta” es posible que existan «casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda»<sup>615</sup>.

#### **a. La actuación cognoscitivista del juez en la zona de certeza**

Como ya dije, el Derecho tiene por objeto la regulación de la conducta de las personas, pero también la orientación o guía tanto de los funcionarios (los jueces) como de los particulares a través de determinadas reglas que deben ser aplicadas a los casos concretos (no valoradas de caso a caso). Según esta parte de la teoría, esto último es una nota distintiva del Derecho aun cuando es posible que puedan existir problemas de aplicabilidad de la regla a los casos concretos<sup>616</sup>. En ese sentido, señala que «aun para [las reglas] muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que lo satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es o no es» aplicable a la regla<sup>617</sup>. Es

---

<sup>613</sup> Ídem, p. 162.

<sup>614</sup> HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana, cit., p. 348.

<sup>615</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 153.

<sup>616</sup> En palabras de Hart, «la vida del Derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standards* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho [sobresaliente] de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla», Ídem, pp. 168 y 169.

<sup>617</sup> Ídem, p. 164.

decir, lo que subyace de esta concepción es que el lenguaje en el que están expresadas las disposiciones de la Constitución permitirá (siempre) a los jueces identificar los casos fácilmente reconocibles (*los casos claros o fáciles*) procurando minimizar (sino eliminar) la necesidad de elección del significado de la regla<sup>618</sup>, y esto se puede conseguir –se agrega– congelando «el significado de la regla, de modo [tal] que sus términos generales [tengan] el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio»<sup>619</sup>.

La actuación del juez constitucional en esta zona de certeza (o de casos claros) es similar a la actuación del juez formalista: *es una actuación (puramente) cognoscitiva*. Es decir, que en la medida en que hay casos fáciles que caen dentro del núcleo de significado de la regla «el proceso de subsunción y la derivación silogística» propios de la teoría cognitiva es lo que «caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta»<sup>620</sup>. Y, *cuáles son estos claros o fáciles?*. Según esta teoría, «[l]os casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios»<sup>621</sup>. Por tanto, queda claro que en esta parte de la teoría intermedia el juez no ejerce discrecionalidad: el juez no crea Derecho, sólo aplica el Derecho existente; o dicho de otro modo, en estos casos fáciles sin rechazar la discrecionalidad para otros casos sostiene que por muy importantes que sea esta actividad no se debe ocultar «el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales. Estas son reglas cuya aplicación puede ser hecha por los [jueces] en caso tras caso, sin recurrir a las directivas o a la discreción oficial»<sup>622</sup>.

No obstante lo anterior, esta teoría entiende que ello no significa que no existan casos difíciles ni que el juez nunca ejerza discrecionalidad, pues lo real es que –como ya dije– las reglas delimitan situaciones específicas, pero también presentan una periferia de “textura abierta”; y ello es así porque sencillamente «[e]n todos los campos de experiencia, no sólo

---

<sup>618</sup> Ídem, pp. 158 y 161.

<sup>619</sup> Ídem, p. 161.

<sup>620</sup> Ídem, pp. 158 y 159, las dos citas.

<sup>621</sup> Ídem, p. 158.

<sup>622</sup> Ídem, pp. 169 y 170.

en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (“La palabra ‘vehículo’, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras)»<sup>623</sup>,

#### **b). La actuación escéptica del juez en la zona de penumbra**

Según esta teoría, debido a la incidencia de la “textura abierta” del Derecho existen «áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso»<sup>624</sup>. En ese sentido, se señala que en la zona de duda la regla general puede guiar al juez a penas de manera incierta en la medida en que sólo se limita a destacar el caso obvio de la regla y no la combinación de situaciones de la misma. Son los típicos supuestos en los que hay duda sobre la presencia o no de una laguna. De este modo, frente al problema de si la regla es aplicable o no a una combinación de situaciones en la que ella aparece indeterminada (por ejemplo de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable o no a los aviones, bicicletas, patines, etc.), el juez debe considerar «si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas»<sup>625</sup>.

---

<sup>623</sup> Ídem, pp. 157 y 158.

<sup>624</sup> Ídem, p. 168.

<sup>625</sup> Ídem, p. 159. En otro momento, este autor señalará que incluso a veces los casos familiares requieren ser clasificados según los términos generales y en el que no se sabe con *certeza* si corresponde a no a su ámbito de aplicación, pues «hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dice su uso o su rechazo». Para la dilucidación de esta duda, el



Por otro lado, hay casos en los que el Derecho no ordena un determinado comportamiento a las personas, sino que deja a éstas valorar sus pretensiones y acaso perseguir un razonable equilibrio entre ellas. Son aquellos casos para los que no existe regla aplicable (lo que hay es una laguna) y lo más que puede existir es un conjunto de situaciones muy variadas y con características familiares<sup>626</sup>. Presentado el hecho hay lugar (inevitablemente) al menos para dos situaciones: de un lado, que para elaborar la regla aplicable al caso el juez tiene que «actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los diversos casos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto»<sup>627</sup>, y de otro lado, que la regla aplicable al caso sólo será conocida *ex post facto* al hecho mediante la decisión del juez constitucional que haciendo uso de los juicios comunes de lo “razonable” definirá cuál es la regla aplicable<sup>628</sup>.

Dicho de otro modo, dado que las reglas adolecen de la “textura abierta” será posible que aquélla sea aplicada sólo a un determinado grupo de casos pero no a todos; es decir, que el Derecho da respuesta a un grupo de casos pero no a todos, y es este último supuesto en que no existe respuesta en ningún sentido para decidir el caso que el Derecho se muestra parcialmente indeterminado. En ese sentido, se ha dicho que este tipo de casos «no son meramente “casos difíciles”, controvertibles en el sentido de que juristas razonables e informados pueden estar en desacuerdo sobre qué respuesta es jurídicamente correcta, sino que el Derecho, en tales casos, es fundamentalmente incompleto: no proporciona ninguna respuesta a la cuestión planteada»<sup>629</sup>; por tanto, para la solución del caso, el juez

---

encargado de clasificar [el juez constitucional] tendrá «que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas», Ídem, p. 158, las dos citas.

<sup>626</sup> Ídem, p. 164.

<sup>627</sup> Ibidem.

<sup>628</sup> Ídem, p. 165. Agrega este autor, que «[c]uando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general», Ídem, p. 161.

<sup>629</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., pp. 28 y 29. Como también señala este autor, «en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el Derecho claramente establecido y, en consecuencia, el Derecho es parcialmente indeterminado o incompleto», HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., p. 5.

(inevitablemente) tiene que crear la regla aplicable al caso, pues es evidente que no hay derecho aplicable preexistente<sup>630</sup>.

La actuación del juez constitucional en esta zona de duda (o de casos difíciles) es similar a la actuación del juez escéptico: *es una actuación (puramente) volitiva*. Es decir, que en la medida en que no existe certeza si la regla es aplicable o no a una situación determinada o, que simplemente no hay regla aplicable al caso, el juez constitucional abandona «la idea de que el lenguaje de la regla [le permitirá] escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que [pone] en práctica al determinar cuál es la acción correcta»<sup>631</sup>, al contrario, el juez tiene que elegir (el sentido de) la regla que considere aplicable o en su caso crear la regla para decidir el caso concreto, es decir, tiene que ejercer la función jurídico creadora del Derecho (discrecionalidad judicial). En ese sentido, a diferencia de la zona de certeza de la regla en la que el juez sólo realiza una función (puramente) *re-productora* del Derecho, en la zona marginal los jueces constitucionales realizan una función (principalmente) *productora* de reglas<sup>632</sup>.

Se sigue entonces que la creación jurídica del juez se *pospone* (o mejor se reserva) sólo para la zona de duda (los casos difíciles), no se elimina, y es que una vez presentado el caso difícil el juez tiene que elegir el sentido de la regla o crear la regla aplicable según considere qué es lo más adecuado y no basado en un orden de prioridades ya prescritas por el Derecho; «[s]ólo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el Derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación jurídica judicial no sería meramente diferida, sino eliminada»<sup>633</sup>. Finalmente, según esta teoría «la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos

---

<sup>630</sup> En palabras de Hart, el juez en la solución de este tipos de casos «debe ejercitar su discrecionalidad y crear Derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente Derecho ya pre-existente y establecido», ídem, p. 6.

<sup>631</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 158 y 159.

<sup>632</sup> Ídem, p. 169.

<sup>633</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 59.

clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho»<sup>634</sup>.

Ahora bien, es conocido que Hart siguiendo a Holmes utiliza la expresión “intersticial” para resaltar el *carácter ocasional* de creación del Derecho por los jueces. No es una cuestión que esté referida en estricto a la discrecionalidad judicial, sino más bien dando por sentado que los jueces crean Derecho en los casos difíciles se refiere a la escasa (no generalizada) función creadora del Derecho de los jueces. Esta característica, sin embargo, no parece ser uniforme en la teoría desde que se pueden identificar al menos tres momentos en cierto modo diferentes aunque coincidentes entre el primero y el último: En un primer momento (que es anterior a la publicación de *The concept of Law* en 1961) la teoría en una clara oposición frente a los realistas extremos destaca la presencia de un importante núcleo de significado de las reglas, quedando la penumbra de duda en un eslabón secundario. Así, señala que «el núcleo fijo de significado establecido es Derecho en un sentido de algún modo centralmente importante, y que si bien hay fronteras, no todo es zona de fronteras. Si esto no fuera así, la noción de reglas que controlan las decisiones de los tribunales carecería de sentido, tal como lo pretenden –pienso que con malos fundamentos– algunos de los realistas, ubicados en actitudes extremas»<sup>635</sup>.

Con base en ello, existe una corriente de pensamiento ha sostenido que –esta teoría– en sus inicios negó que el carácter creador del Derecho de los jueces sea frecuente o que ocurra siempre, resaltando que hay un espacio importante (o mayoritario) en el que los jueces no crean Derecho, sino que sólo lo aplican, construyendo así su propio noble sueño. Así, se ha señalado que Hart «en sus escritos iniciales propuso su propio noble sueño que el Derecho consiste en el núcleo de significado claro o establecido de un sistema de reglas explícitamente formuladas, que se aplican deductivamente en la gran mayoría de los casos

---

<sup>634</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 159.

<sup>635</sup> HART, H.L.A., *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, cit., p. 39. Sobre esta base se ha sostenido que Hart era (inicialmente) un formalista jurídico, él «[i]nsistía en que el Derecho existente consiste únicamente en el núcleo de significado claro o establecido de las normas jurídicas explícitamente formuladas, que se aplican deductivamente para resolver la gran mayoría de las disputas jurídicas, y que para los casos que no caen dentro del núcleo del significado establecido no hay Derecho existente que limite la toma de decisiones judiciales. Los jueces deben en cambio decidir tales casos creando nuevo Derecho para alcanzar lo que cada juez estime como el resultado social más ventajoso», WRIGHT, R.W., “La pesadilla y el noble sueño: Hart y Honoré sobre causalidad y responsabilidad”, cit., pp. 228 y 229.

sin recurrir a propósitos subyacentes, directivas políticas o principios»<sup>636</sup>; de esto se sigue que lo que caracteriza al Derecho en esta etapa es la presencia mayoritaria de los casos fáciles, por lo tanto tiene lugar el carácter “*intersticial*” u ocasional de creación del Derecho por parte del juez.

En un segundo momento (con la publicación de *The concept of Law* en 1961) Hart parte de la idea de que «[e]n todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general»<sup>637</sup>. Sobre esta base señala —esta teoría— que si bien para todas las reglas por muy generales que éstas sean hay siempre casos fáciles (casos no discutibles) que son casos extremos de lo que es o no es, sin embargo, tales casos «no son más que los extremos de un campo de factores diferentes, y no es probable que se presenten en la práctica; en el medio se encuentran los casos reales difíciles que reclaman atención»<sup>638</sup> y que representaría la mayoría de los casos; de esto se sigue que lo que caracteriza al Derecho en esta etapa son los casos difíciles y dado que en estos casos los jueces ejercen discrecionalidad fuerte se concluye que la función creadora del Derecho por parte de los jueces es frecuente y no “*intersticial*” u ocasional.

En un tercer y último momento (a partir de 1983) Hart marca claramente distancia con el escepticismo radical y sostiene que el poder jurídico de creación del Derecho de los jueces difiere del que dispone la legislatura, pero además es poco frecuente. En ese sentido, señala que «los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas»<sup>639</sup>, o lo que es lo mismo, en la medida en que en todo sistema jurídico existen casos para los que el Derecho no da solución en ningún sentido (casos no regulados), en estos casos «los jueces tienen una

---

<sup>636</sup> Ídem, p. 231.

<sup>637</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 169.

<sup>638</sup> Ídem, p. 164. Hart en otro momento rechaza «la concepción de una regla tan detallada [porque] la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular [estará] siempre resuelta de antemano y nunca [exigirá], en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas», Ídem, p. 160.

<sup>639</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 56.

inevitable, aunque “intersticial”, tarea jurídico creadora [de Derecho]»<sup>640</sup>; es decir, en estos casos para emitir una decisión los jueces «tienen que ejercer la restringida función jurídico creadora que llamo: “discreción judicial”»<sup>641</sup>; de esto se sigue que para esta teoría lo que finalmente caracteriza al Derecho son los casos fáciles (los casos son *mayoritariamente* claros), por tanto, los jueces ejercen discrecionalidad en sentido fuerte sí pero únicamente de manera “*intersticial*” u ocasional.

#### 4. La teoría alternativa

La teoría alternativa sostiene que la interpretación es una actividad cognoscitiva y volitiva a la vez; es decir, es un acto de conocimiento (o del conocimiento) que consiste en descubrir, verificar o conocer las significaciones propias o preexistentes de las disposiciones de la Constitución y al mismo tiempo es un acto de voluntad (o de la voluntad) que consiste en decidir, adscribir o elegir de un modo moderado (sólo) una de las significaciones que constituye el significado de la disposición constitucional correspondiente y que se aplicará al caso concreto<sup>642</sup>. Cuenca Gómez, defensora de esta teoría señala que a diferencia de las teorías anteriores: la cognitiva donde la interpretación es una operación vinculada; la escéptica donde la interpretación es una operación libre y la intermedia donde la interpretación es una operación vinculada en unos casos pero libre en otros, la teoría alternativa entiende que la interpretación es en todos los casos una actividad «en la que se conjugan, al menos potencialmente, dimensiones racionales y voluntaristas»<sup>643</sup>. Desde esta perspectiva, el juez constitucional en su labor de interpretación de la Constitución descubre, constata o expone a través de un mero acto de conocimiento que la disposición constitucional “T” significa *mínimamente* S1 o S2 o S3, pero no puede significar S4 o S5 y a la vez decide o resuelve a través de un acto *moderado* de voluntad que la disposición constitucional “T” significa S2.

---

<sup>640</sup> Ídem, p. 58.

<sup>641</sup> Ídem, p. 29.

<sup>642</sup> Patricia Cuenca, señala «la interpretación no consiste “en su sentido genuino” ni en descubrir significados preexistentes ni en crearlos *ex novo* en sede interpretativa. La interpretación no es jamás ninguna de las dos cosas, si se entiende esta dicotomía como una posición mutuamente excluyente, o más exactamente, implica, o mejor, puede implicar siempre la presencia de ambos momentos», CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 411 y 412.

<sup>643</sup> Ídem, p. 409. En otro momento, señala esta autora que «[a]l menos potencialmente, en todo proceso interpretativo se combinan dimensiones cognoscitivas (o racionales) y dimensiones volitivas. Tanto la razón como la voluntad actúan en las operaciones interpretativas», Ídem, p. 412.

La teoría alternativa se basa en la idea de la determinación mínima del Derecho (el Derecho es mínimamente determinado) que puede quedar materializado en dos supuestos: *primero*, que las palabras en las que está expresada las disposiciones de la Constitución poseen o incorporan (siempre) un mínimo de significaciones propias e intrínsecas, y *segundo*, que el Derecho es un sistema cuya función inherente es el control social, por lo que toda decisión interpretativa debe ser congruente con la idea del Derecho como sistema. Desde esta perspectiva, la interpretación es un acto re-productor y productor de Derecho a la vez. El juez descubre, reproduce o saca a la luz los significados mínimamente posibles de la disposición constitucional, y una vez realizada esta operación, elige moderadamente (sólo) uno de los significados que constituye el significado de la disposición constitucional correspondiente y que aplicará al caso concreto. Sobre esta base, existe un espacio relativo para la discrecionalidad del juez constitucional, pues las decisiones de los jueces están mínimamente determinadas por los significados preexistentes. Veamos con más detalle los planteamientos de esta teoría.

Con lo anterior, merece preguntarse lo siguiente ¿en qué se diferencia la teoría alternativa de la teoría escéptica moderada?. Realmente en muy poco. Como detallaré, la teoría alternativa desarrolla y explica sus postulados sobre la base de los planteamientos teóricos de Kelsen. La poca diferencia y esta es la razón por la que hay que considerarla como una teoría alternativa residen, de un lado, en que a diferencia de Kelsen, enfatiza o explica mejor la noción del marco normativo de la disposición jurídica a través de un argumento en sentido negativo, es decir, en el sentido de establecer cuáles no pueden ser los significados del marco normativo, y de otro lado, también a diferencia de Kelsen, en la atención que pone en el análisis racional o argumentativo de la elección discrecional del juez.

Ahora bien, la teoría alternativa inicia la elaboración de sus postulados matizando el concepto amplio (fuerte) de interpretación adoptando un concepto amplio “débil” de interpretación, es decir, que si bien considera necesaria la actividad interpretativa en todos los casos que se requiera la aplicación de una disposición entiende que la validez de las decisiones interpretativas no depende de parámetros objetivos que el juez pueda encontrar más allá de la normatividad jurídica ni de la voluntad de éste, sino que se encuentra condicionada por el significado *mínimamente* determinado de las disposiciones jurídicas que

le sirven de referente<sup>644</sup>. De este modo, para esta teoría la versión “débil” del concepto amplio de interpretación se encuentra en una posición intermedia entre la consideración de las disposiciones jurídicas como un “dato” acabado antes de su interpretación y la consideración de las mismas como el “producto” de la voluntad o la racionalidad del juez basado en fuentes extrajurídicas<sup>645</sup>. El resultado es que el concepto de “norma” se ve ampliado y se concibe a la misma ya no (únicamente) como el producto de la interpretación, sino como un proceso que *combina* la disposición jurídica (o “norma–dato”) que es el objeto de la interpretación, con la norma (o “norma–producto”) que constituye el momento culminante de la actividad interpretativa<sup>646</sup>.

Pero la idea fundamental de la teoría alternativa consiste –siguiendo a Kelsen– en que toda disposición jurídica presenta siempre «un marco que expone el Derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco»<sup>647</sup>. Sobre esta base, esta teoría entiende que la aplicación del Derecho permite escoger al juez sólo uno de los varios significados que presenta la disposición jurídica a fin de decidir el caso, el que no da lugar a la única respuesta correcta, sino a la respuesta posiblemente correcta. Así, señala la teoría que «cuando la interpretación se realiza con la vista puesta en la aplicación, necesariamente la autoridad competente tiene que escoger una de las significaciones de la disposición jurídica en cuestión, en aras de poder alcanzar una decisión que no es la única correcta pero sí una entre las posibles»<sup>648</sup>. Precisamente, es la existencia de este marco de la disposición y dentro de él la existencia de varios significados lo que le permite afirmar a esta teoría –siguiendo de nuevo a Kelsen– que la aplicación del Derecho por parte del juez supone en todos los casos la conjunción de procesos cognitivos y volitivos. En efecto, para Kelsen «en la aplicación del Derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra»<sup>649</sup>.

---

<sup>644</sup> Ídem, p. 409.

<sup>645</sup> Ídem, p. 411.

<sup>646</sup> PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 261.

<sup>647</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 351.

<sup>648</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 414.

<sup>649</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354.

Admitida que toda disposición jurídica tiene un marco que provee de varios significados, la teoría alternativa se preocupa por exponer los criterios objetivos a partir de los cuales se pueda trazar los bordes del marco que permita diferenciar los significados posibles de la disposición de los que no lo son<sup>650</sup>. Para ello, la teoría hace uso de una argumentación en sentido negativo que no está dirigida a señalar cuáles son los significados posibles de la disposición, sino a señalar cuáles no son (o no pueden ser) los significados de ese marco. En ese sentido, parte de la idea de que «[l]o relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera [de él]»<sup>651</sup>, es decir, que según esta teoría la sola existencia del marco con varios significados supone que hay otros significados que no están (o no pueden estar) dentro de él. O como también se afirma que «[l]a misma señalización de la posibilidad de varios significados implica el descarte de otros»<sup>652</sup>. Sobre esta base –dando cuenta de que si bien se trata de una cuestión poco abordada por la teoría kelseniana pero que sin embargo puede deducirse de sus postulados– concluye que «los significados que el marco excluye son aquellos que se enfrentan con el lenguaje de las normas y con la idea de sistema»<sup>653</sup>.

Así, en cuanto al primero la teoría alternativa señala que los significados susceptibles de ser atribuidos a una disposición son los significados gramaticalmente posibles. Es en este momento que aparece la idea de la determinación mínima del Derecho que según esta teoría descansa o mejor que se fundamenta en el criterio literal. Así, señala que «[l]a tesis de la determinación mínima se fundamenta en la posibilidad de asignar a toda disposición jurídica un significado literal», lo que obviamente supone que «el significado literal opera en todos los casos como base de la interpretación jurídica, que puede realizarse de manera contingente como fuente directa o como guía de soluciones interpretativas, y que se erige siempre, o para ser más exactos casi siempre, en un límite irrebasable para la voluntad del intérprete excluyendo la admisibilidad de ciertos resultados interpretativos»<sup>654</sup>. De este modo, según esta teoría todas las disposiciones tienen un significado mínimamente

---

<sup>650</sup> Aquí, conviene anotar que para Kelsen toda decisión interpretativa será válida, es decir, «conforme a Derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible», KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Ibídem.

<sup>651</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 409 y 410, las dos citas.

<sup>652</sup> ASÍS ROIG, R. de., *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 2005, p. 60.

<sup>653</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 416.

<sup>654</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 409 y 410, las dos citas.



determinado. En cuanto a lo segundo, siguiendo –una vez más– a Kelsen señala que todas las decisiones interpretativas deben guardar conexión con la idea de Derecho como sistema. En efecto, Kelsen señala que las distintas significaciones de la disposición jurídica se tratan «de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico»<sup>655</sup>. Sobre esta base la teoría alternativa no duda en señalar que «la idea de opera también excluyendo ciertas opciones interpretativas. La funcionalidad de este segundo límite depende, en todo caso, de la operatividad del primero, de manera que los significados posibles de un enunciado jurídico son todos aquéllos que no se enfrentan, ni con su sentido lingüístico determinado, ni con el de las disposiciones jerárquicamente superiores, y los inadmisibles aquéllos que vulneran estos límites»<sup>656</sup>.

Una vez explicado los criterios para determinar el marco de la disposición jurídica que tiene varias significaciones posibles en cuyo proceso la tarea del juez es sólo cognitiva o racional –pues su labor únicamente consiste en descubrir o conocer los significados posibles de las disposiciones jurídicas teniendo en cuenta los criterios literal y sistemático (que constituye a la vez el significado mínimo de la disposición)–, la teoría alternativa procede a describir el siguiente proceso denominado volitivo. En este punto prosigue –una vez más– con los postulados de la Teoría pura en cuanto sostiene que el juez elige uno de los significados posibles de la disposición para resolver el caso y en cuanto sostiene que no es posible hallar la “única” respuesta correcta, sino mas bien la respuesta posiblemente más correcta<sup>657</sup>, pero se aleja de ella totalmente –y esto es importante– en cuanto sostiene que la elección de uno de los significados por parte del juez es totalmente libre desde el punto de vista jurídico. En efecto, para Kelsen «[l]a cuestión acerca de cuál de las significaciones existentes en el marco de una [disposición] es la [correcta], es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico; no es un problema de teoría [del Derecho], sino de política del

---

<sup>655</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 352.

<sup>656</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 417.

<sup>657</sup> En efecto, Kelsen señala, de un lado, que la elección de uno de los significados en el proceso interpretativo de la Constitución o de la ley con el cual se llena de contenido el marco de la disposición jurídica es «una función de la voluntad», no un acto de conocimiento, Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 82., y de otro lado, con la elección de uno de los significados de la disposición jurídica «no quiere decirse otra cosa sino que está dentro del marco representado por aquella; significa que es una, no la única [de las significaciones] posibles dentro del marco de la norma general», Ídem, p. 79. Agrega este autor que «[t]odos los métodos de interpretación presentados por la tradición jurídica hasta ahora no han llevado sino a una solución posible, nunca [a la “única” respuesta correcta]», Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 352.

Derecho»<sup>658</sup>, o lo que es lo mismo, la elección de uno de los significados (de entre los varios significados existentes) está determinada por motivos políticos. De esta perspectiva, se sostiene que lo que se convierte en obligatorio «[n]o es el significado lógicamente “verdadero”, es el significado políticamente preferido de la norma interpretada. La interpretación auténtica puede incluso atribuir a una norma jurídica un significado que una interpretación no–auténtica nunca se atrevería a mantener»<sup>659</sup>.

Sobre el particular, la teoría alternativa señala que el acto de la elección de uno de los significados de la disposición –los que poseen el mismo valor– es un acto (puramente) subjetivo del juez, es decir, totalmente discrecional pues no expone ningún criterio que otorgue objetividad en la decisión. En efecto, señala que «en última instancia, el significado atribuido a los enunciados jurídicos depende de un juicio eminentemente subjetivo del intérprete. Si las interpretaciones posibles tienen el mismo valor objetivo en tanto cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse y con el sistema jurídico en su conjunto, tampoco existe, más allá del Derecho positivo, un patrón capaz de conferir objetividad a la elección, básicamente, porque su presencia supondría afirmar la posibilidad de un conocimiento racional en el ámbito moral»<sup>660</sup>. En ese sentido, según la teoría alternativa la concepción kelseniana de la función judicial en este punto es errónea o en todo caso incompleta. Es errónea porque rechaza la posibilidad de analizar racionalmente la elección de la opción interpretativa por parte del juez y que se relaciona con la nula atención que la Teoría pura presta a la argumentación y al razonamiento jurídico. Es incompleta precisamente porque carece de la exigencia de la justificación de las decisiones interpretativas que constituye la principal diferencia entre la creación legislativa y la creación judicial de Derecho<sup>661</sup>.

Bien, llegado a este punto, la teoría alternativa prefiere otorgar importancia a la argumentación y en ese sentido –siguiendo a Wròblewski– sostiene que la decisión interpretativa debe ser legal y racional, es decir, «ha de situarse dentro del marco del ordenamiento jurídico»<sup>662</sup>, pero además, ha de mostrarse «la justificación de la decisión a

---

<sup>658</sup> KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 80 y 81.

<sup>659</sup> KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XV.

<sup>660</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 419.

<sup>661</sup> Ídem, pp. 420 y 421.

<sup>662</sup> Ídem, p. 422.

través de la norma aplicada, de los razonamientos, y de las valoraciones»<sup>663</sup>. Con base en ello, sostiene que este modo de concebir la decisión judicial resulta compatible con la idea del Derecho como sistema, pero que en lugar de considerarlo como un conjunto de normas perfecto y objetivamente determinado, reconoce la existencia de un cierto “espacio” para la discrecionalidad, eso sí limitado, en la medida que reclama elecciones racionales al momento de decidir en esta área<sup>664</sup>. En definitiva, para la teoría alternativa «la interpretación es *siempre* el resultado de una decisión *nunca* absolutamente discrecional»<sup>665</sup>, o lo que es lo mismo, la interpretación es el resultado de una decisión no totalmente discrecional, sino relativamente discrecional.

En efecto, de un lado, para conocer los significados que resultan las palabras del texto de la disposición, dentro del contexto que requiere su aplicación, hay que acudir al criterio literal de la interpretación, y de otro lado, para conocer los significados que resultan de la función (social, económica, etc.) que cumple esa norma, también dentro del contexto que requiere su aplicación, hay que acudir al criterio sistemático. Pero dado que puede conducirse a resultados diferentes, será la decisión del intérprete la que dará hará prevalecer uno de los significados de la disposición o disposiciones y que será motivo de su aplicación.

## **5. Críticas a las teorías de la interpretación de la Constitución**

Toda teoría de la interpretación de la Constitución he dicho descansa en una determinada teoría del Derecho. Ahora bien, la posibilidad de que existan distintas maneras de concebir el Derecho supone también –como ya ha quedado expuesto– la posibilidad de que existan diversas teorías de interpretación de la Constitución. Sobre esta base, la viabilidad o no de cada una de las teorías, o mejor aún, la decantación por una de estas teorías para realizar la actividad interpretativa de la Constitución depende en gran medida de la concepción del Derecho que se maneje, lo que supone a la vez, el rechazo (o abandono) de las demás, o en todo caso, la adopción de algunas características de más de una teoría, dando lugar a una nueva teoría. Es esto lo que ocurre en la literatura jurídica especializada donde se suelen exponer los planteamientos de las diferentes teorías y según el modo en que se concibe el

---

<sup>663</sup> WRÓBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, México D.F.: Fontamara, 2da. reimpresión a la 1ra. edición 2001, 2008, pp. 61-63.

<sup>664</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 422.

<sup>665</sup> Ídem, p. 409.

Derecho se opta por una de ellas y (naturalmente) se rechaza las demás, o en todo caso, sobre la base de algunas características de más de una teoría, se propone una nueva. En este orden de cosas, habiendo expuesto los principales postulados de las diferentes teorías de la interpretación de la Constitución, mencionando en lo posible a los principales autores que las defienden, en lo que sigue trataré de exponer los principales cuestionamientos que se le han efectuado a cada una de ellas, para luego a partir de una confrontación fluida entre las posiciones a favor y en contra tomar posición si fuera el caso por una de ellas, la que mejor explique la importante labor de interpretación de la Constitución, y si ello no fuera posible, explicar las razones por las cuales los planteamientos en cada una de ellas no sirven o no son suficientes para realizar la tarea interpretativa de la Constitución.

### **5.1. Crítica a la teoría cognitiva**

La admisión de la teoría cognitiva (en general) para realizar la actividad interpretativa de la Constitución pasa, entre otras cosas, por demostrar que se trata de una actividad puramente cognoscitiva; que toda disposición de la Constitución tiene un único significado objetivo y preconstituido, es decir, que ese significado es previo o preexistente a la interpretación; que ese significado es verdadero y en su caso, que ese significado es además “correcto”, etc. En efecto, una de las primeras críticas que se le formulan a la teoría cognitiva es que *no* supone una actividad puramente cognoscitiva, sino que entraña también elementos de la actividad volitiva. En ese sentido, se afirma que se trata de una teoría errónea que debe ser rechazada ya que la interpretación en ningún caso «se reduce al puro y simple (re)conocimiento» del significado perteneciente (o propio) de las disposiciones de la Constitución, o lo que es lo mismo, que la actividad interpretativa de la Constitución en ningún caso supone la mera indicación o afirmación de su significado, sino que se trata de una actividad que realiza una serie de operaciones que exige «la cooperación activa del intérprete [el juez constitucional]»<sup>666</sup>. Y ello es así, porque el juez al momento de atribuir el significado al enunciado constitucional, por ejemplo, si es a partir del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural ha de decidir, *primero*, si se refiere al uso ordinario de las palabras de la sociedad en general o al uso especializado de las palabras de los operadores del Derecho, y *segundo*, si se refiere a las palabras en el momento de la

---

<sup>666</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 165, las dos citas.

producción de las disposiciones de la Constitución o a las palabras en el momento de su aplicación<sup>667</sup>.

En concreto, la interpretación del Derecho en general y de la Constitución en particular no es nunca una actividad puramente cognitiva. O dicho de otro modo, la interpretación no es nunca un puro acto de conocimiento, cualquiera que sea la disposición jurídica a interpretar a los efectos de resolver un caso, la atribución de significado supone (siempre) una decisión o una declaración de voluntad. Toda idea que la conciba como tal en realidad se deriva del deseo de ocultar la función creativa y política del juez<sup>668</sup>. A una conclusión similar arriba Cuenca Gómez al sostener que «la concepción estrictamente racional de la interpretación jurídica “más o menos sinceramente pide lo imposible” cuando pretende anular la dimensión volitiva ineludiblemente presente en toda operación interpretativa logrado, como mucho, enmascararla»<sup>669</sup>.

Otra de las objeciones que se formula a la teoría cognitiva está referida a la tesis de que las disposiciones de la Constitución tienen un único significado objetivo y preexistente. Al respecto, se señala que las disposiciones de la Constitución plantean genuinos problemas en la medida de que por lo general expresan «no menos de dos significados distintos y alternativos»<sup>670</sup> y no un único significado objetivo y preexistente, y que esta circunstancia se debe al hecho de que el Derecho adolece de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva<sup>671</sup>. En efecto, no hay que olvidar –que como ya dije– las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser –unas más que otras– genéricas y/o abiertas y que la mayoría de ellas están expresadas en la forma de principios (o más a la idea de principios que a la de reglas). De este modo, la creencia de que las palabras en las que se expresa el Derecho (por ejemplo,

---

<sup>667</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., pp. 91 y ss.

<sup>668</sup> ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba, 1ra. reimpresión a la 3ra. edición 2005, 2006, pp. 175 y 176.

<sup>669</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 347.

<sup>670</sup> Para Chiassoni la indeterminación de las disposiciones estaría representada no sólo por la naturaleza del lenguaje jurídico que como especie del lenguaje natural adolece “fatalmente” de vaguedad (actual o potencial) y de ambigüedad, sino también por la pluralidad (sin jerarquía) de los métodos interpretativos; el carácter (supuestamente) sistemático del discurso de las fuentes; las construcciones dogmáticas de los juristas (como la tesis de la natural derrotabilidad de las disposiciones); la naturaleza (cambiante y evolutiva) de la condición humana, el pluralismo de los valores éticos-normativos, etc. Siendo este el escenario, «en ciertos casos la decisión del intérprete puede recaer sobre un significado que, lejos de ser el fruto de averiguar cómo una disposición ha sido interpretada por otros en casos precedentes, es *ideado* por el mismo intérprete», CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., pp. 162 y 163.

<sup>671</sup> Ídem, p. 161.

las palabras de la Constitución) poseen o incorporan un único significado propio e intrínseco que depende de la relación natural entre las palabras y la realidad es una creencia falaz<sup>672</sup>, o lo que es lo mismo, dado que toda disposición de la Constitución adolece al menos potencialmente y diacrónicamente de ambigüedad y vaguedad la tesis que sostiene la existencia de un único significado claro y objetivo es evidentemente equivocada<sup>673</sup>.

Por otro lado, se sostiene que ningún significado es preexistente a la interpretación, es decir, ningún significado es independiente o indiferente a la interpretación, sino que es precisamente a través de la interpretación que se muestra visible. Desde esta perspectiva, se señala que el significado S no precede (o no preexiste) a la interpretación del texto constitucional “T”, sino todo lo contrario, es su resultado<sup>674</sup>. O como también se ha señalado que «la norma no precede como dato, sino que sigue como producto, al proceso interpretativo»<sup>675</sup>. Al hilo de esta cuestión, se anota que existe una tendencia dominante «de sobreentender –pero sólo rara vez de teorizar *expressis verbis*– que los textos normativos, salvo los raros casos de ambigüedad, incorporan un significado objetivo (por lo demás vago) deducible con la simple aplicación de las reglas sintácticas y semánticas del idioma en el cual son formulados»<sup>676</sup>. Este modo de ver las cosas, se señala genera la ruptura entre interpretación y significado. En efecto, implica que «salvo casos marginales (textos oscuros y ambiguos) *un* significado objetivo preexiste a la interpretación. Supone por lo tanto que se da significado sin interpretación, y que por tanto la teoría del significado deba preceder a la teoría de la interpretación, [cuando es todo lo contrario]: no se da significado sin interpretación, y no se da teoría del significado sin teoría de la interpretación»<sup>677</sup>.

Otra de las críticas a la teoría cognitiva está referida a la existencia del único y “verdadero” significado de la disposición constitucional<sup>678</sup>. Sobre la existencia del único y “verdadero”

---

<sup>672</sup> GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 13.

<sup>673</sup> GUASTINI, R., “Intervención de Ricardo Guastini”, cit., p. 226.

<sup>674</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 276.

<sup>675</sup> TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 395.

<sup>676</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 273. Prosigue este autor desde una posición crítica que «[n]o es por nada que casi todos en literatura parezcan compartir la directiva metodológica *in claris non fit interpretatio* (aunque normalmente tiendan a contrabandearla como una banal redefinición de “interpretación”, conforme con la cual un texto no ambiguo está sujeto no propiamente a “interpretación”, sino a mera “comprensión” intuitiva; casi que la interpretación llamada literal, o *prima facie*, no fuese de ninguna manera “interpretación”, sino, precisamente, “comprensión”)), *Ibidem*, nota al pie 10.

<sup>677</sup> *Ídem*, p. 281.

<sup>678</sup> *Ídem*, pp. 269 y 270.

significado intrínseco de los preceptos constitucionales (que presupone que los enunciados interpretativos están dotados de valores de verdad) la objeción estriba, de *un lado*, en que se trata una tesis que por lo general es sugerida o tácitamente presupuesta pero muy pocas veces fundamentada<sup>679</sup>, y de *otro lado*, en que se trata de una tesis contraintuitiva por cuanto todo texto constitucional está (o de hecho se encuentra) sujeto a una diversidad de interpretaciones<sup>680</sup>, y por tanto, son susceptibles de expresar más de un significado (dos o más significados) y no un “único” significado.

En efecto, normalmente ocurre que un texto constitucional tolera (no una, sino) una pluralidad de interpretaciones (que dan lugar a más de un significado)<sup>681</sup> que dependen de diversos *factores heterogéneos*: «de [los] diversos “métodos” interpretativos comúnmente aceptados, de las tesis dogmáticas (en conflicto) puesta a disposición por las diversas doctrinas, y –naturalmente– de los juicios de valor (o más simplemente de los sentimientos de justicia no expresados) de los intérpretes»<sup>682</sup>. Sobre esta base, dado que toda disposición constitucional tolera (no uno, sino) más de un significado insistir en la tesis de que existen enunciados interpretativos dotados de valor veritativo (cada uno con significado “verdadero”) conllevaría a la inevitable admisión (al momento de atribuir el significado) de que sólo «[uno] de ellos sería verdadero, mientras que todos los restantes serían faltamente falsos»<sup>683</sup>, con esto se daría lugar a una cantidad infinita de significados falsos, lo cual, es contradictorio con la tesis de la teoría cognitiva que señala que todo texto constitucional tiene sólo un “único” y “verdadero” significado preconstituido, por lo que habrían razones para rechazarla.

Pero merece reflexionar sobre lo siguiente ¿es la existencia de un “único” y “verdadero” significado y la existencia de otro(s) significado(s) falso(s) la razón principal para rechazar la tesis de la existencia del significado “veritativo” de la teoría cognitiva, o, es más bien la elección de uno de ellos como “verdadero” según la “voluntad” del juez (y no según una actividad puramente cognoscitiva del mismo) lo que lo despoja de los valores de verdad?.

---

<sup>679</sup> Uno de los que defienden la tesis de la existencia de un significado “verdadero” es Hernández Marín, en HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

<sup>680</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 271.

<sup>681</sup> TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 395.

<sup>682</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 271.

<sup>683</sup> Ídem, pp. 271 y 272, las dos citas.

Esta es una cuestión que no queda clara en la crítica de Guastini pero parece razonable pensar que es la segunda opción. Cualquiera sea el caso, se ha señalado que «[d]ecir hoy que una interpretación es “verdadera” significa (a los ojos de cualquier persona que tenga aunque sea una modesta cultura jurídica) ser indulgente con un descarado artificio propagandístico, o retórico, o –como suele decir– con un uso del lenguaje en función abiertamente persuasiva»<sup>684</sup>.

Las objeciones también están referidas al ocultamiento de verdaderos juicios de valor que el uso de la lógica supone en la decisión del juez, pues en el formalismo «[e]l lenguaje de la lógica de las decisiones judiciales es fundamentalmente el lenguaje de la lógica»<sup>685</sup>, aunque conviene precisar que lo que se objeta no es tanto el uso o la práctica de la lógica, sino lo que el uso de ella oculta. En ese sentido, se señala que «[e]l peligro de esta concepción no radica tanto en la simplificada y desfigurada representación que ofrece del proceso judicial sino más bien en todo lo que silencia y oculta»<sup>686</sup>. Y ¿qué es lo que realmente oculta el formalismo?. Lo que oculta son verdaderos juicios de valor (subjetivos) del juez sobre los intereses en juego en el caso concreto y la importancia del Derecho en una determinada sociedad; juicios de valor que además carecen de análisis, pues son juicios valor inarticulados, inconscientes y neutralizados<sup>687</sup>.

En efecto, se ha señalado que en la idea formalista de la interpretación y aplicación del Derecho «la forma y el método lógicos satisfacen ese anhelo de certeza y de reposo que se halla en la mente humana. Pero la certeza, generalmente, es una ilusión y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia. Un juicio a menudo inarticulado e inconsciente, es cierto, pero que constituye la misma raíz y el nervio de todo el procedimiento. Podéis dar una forma lógica a cualquier conclusión»<sup>688</sup>. Aquí, conviene

---

<sup>684</sup> TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, cit., p. 396.

<sup>685</sup> HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, cit., p. 69.

<sup>686</sup> ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, cit., p. 22.

<sup>687</sup> En palabras de Holmes, en la perspectiva formalista de la interpretación del Derecho «las auténticas razones y los fundamentos de sus sentencias permanecen inarticulados y, a menudo, inconscientes», HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, cit., p. 73.

<sup>688</sup> Ídem, p. 69. En otro sentido, se ha señalado que «ocultos tras la apariencia lógica del silogismo y la servidumbre histórica a las premisas tradicionales, los tribunales satisfacían sus filiaciones ideológicas conservadoras imponiendo sus propias decisiones políticas», ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, cit., p. 28.



recodar la conocida expresión del juez Holmes para quien «las disposiciones generales no deciden casos concretos», en estos casos «la decisión dependerá de un juicio o intuición más sutil que cualquier premisa mayor articulada»<sup>689</sup>. En definitiva, los postulados de la teoría cognitiva de la interpretación pueden pretender la búsqueda la certeza y predictibilidad en la interpretación y aplicación del Derecho, pero detrás o «[p]or debajo de ese impenetrable armazón lógico y conceptual se esconden [verdaderas] decisiones fundamentales de política jurídica que reposan, en última instancia, en juicios de valor»<sup>690</sup>.

Otra de las críticas que se le plantea a la teoría cognitiva está referida a la existencia del significado “correcto”. Así, se señala que la existencia de la única respuesta correcta resulta no sólo prácticamente imposible, sino que además resulta prácticamente inconveniente. Es imposible porque siempre existirá una condición implícita obtenida «a causa de alguna creencia relativa a la práctica de la comunidad o de un grupo social, a causa de alguna opinión sobre la política jurídica a seguir o, en definitiva, a causa de alguna actitud personal sobre determinada materia que no es susceptible de una medición cuantitativa precisa y, en consecuencia, que no es susceptible de fundar conclusiones lógicas exactas. Estas cuestiones se constituyen en escenarios de una batalla en la que no existen los instrumentos [jurídicos] para realizar determinaciones válidas universalmente y donde la decisión sólo puede expresar la preferencia de un órgano determinado en un cierto tiempo y lugar. No somos plenamente conscientes de hasta qué punto gran parte de nuestro Derecho podría ser objeto de revisión sólo con producirse un ligero cambio en el hábito de la opinión pública. Ninguna proposición concreta es autoevidente, no importa lo proclives que seamos al aceptarla»<sup>691</sup>. De este modo, se sostiene de manera enfática que «[e]stamos ante una batalla oculta, semiinconsciente, sobre una cuestión de política jurídica, y si alguien piensa que esa batalla puede ser zanjada deductivamente, o de una vez por todas, sólo le puedo decir que, en mi

---

<sup>689</sup> POSNER, R.A. (ed.), *The Essential Holmes*, cit., p. 306, las dos citas.

<sup>690</sup> SOLAR CAYÓN, J.I., “Estudio Preliminar. Holmes, cit., p. 37. En efecto, este autor en otro momento da cuenta que de cómo esta concepción lógico-deductiva de la toma de decisiones que se presentaba como científica, imparcial y apolítica en realidad «servía para enmascarar el mantenimiento de determinadas concepciones económicas que postergaban cualquier consideración de utilidad social; de manera que el jurista, lejos de permanecer neutral, estaba en realidad tomando partido a favor de puntos de vista que, cuando menos, resultaban muy discutibles», Ídem, pp. 41 y 42.

<sup>691</sup> HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, cit., pp. 69 y 70.

opinión, está equivocado teóricamente y que estoy seguro de que su conclusión no será aceptada en la práctica»<sup>692</sup>.

Y, es inconveniente porque «habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también [resolver] a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de la aplicación de una regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de la textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si lo hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla»<sup>693</sup>. Pero quizá el argumento más importante tiene que ver con la falta de un procedimiento objetivo que permita hallar con seguridad la única respuesta correcta. Este aspecto, será analizado con más detalle más adelante.

¿Sirve la teoría cognitiva para realizar la actividad interpretativa de la Constitución? En lo esencial, no. En efecto, a mi modo de ver, la interpretación de la Constitución *no* es nunca una actividad puramente cognoscitiva, pues cualquiera que sea la disposición constitucional a interpretar, la atribución de significado supone también una decisión o una declaración de voluntad. Asimismo, dado que las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas (unas más que otras), expresadas la mayoría de ellas en la forma de principios, tales disposiciones presentan más de un significado; por tanto, no existe un único significado propio e intrínseco, sino que existen dos o más significados. Y es a través de la actividad interpretativa que se podrá conocer cuáles son esos significados y cuál de ellos es el significado (elegido) y que será la base para construir el significado final (o la norma constitucional). En cuanto, a la existencia de la única respuesta correcta basada en la idea de la determinación total del Derecho que presupone que dicha respuesta preexiste a todo caso jurídico, conviene señalar en primer lugar que el Derecho no es totalmente determinado ni totalmente indeterminado, sino mínimamente determinado, en segundo lugar, que no posible ni conveniente hallar la única respuesta correcta, y en tercer lugar, no hay un procedimiento objetivo que permitan hallar esa única respuesta correcta, por lo que a lo más que se puede aspirar es a obtener la respuesta posiblemente más correcta. Por tanto, la teoría cognitiva en

---

<sup>692</sup> Ídem, p. 71.

<sup>693</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 162.

sus justos términos (o exclusivamente) no sirve para realizar la actividad interpretativa de la Constitución. No obstante, como detallaré, sí resulta útil el modelo coherentista del sistema jurídico que subyace en esta teoría.

## **5.2. Crítica a la teoría escéptica**

La crítica general a la teoría escéptica (creadora de Derecho) proviene de Dworkin. Según este autor, la función creadora del Derecho de los jueces vulnera dos principios básicos: El principio de la separación de poderes y el principio de la irretroactividad del Derecho. En cuanto al primero, señala que la potestad creadora del Derecho corresponde (por lo general) al legislador democrático elegido por la mayoría del pueblo y que es responsable de sus actos ante el pueblo; los jueces al no ser –en su mayoría– elegidos democráticamente por el pueblo y al no ser responsables ante él (el pueblo), no al menos de la misma manera que lo es el legislador, al crear Derecho vulnera este principio básico<sup>694</sup>. De acuerdo al diseño constitucional de los actuales Estados constitucionales parece que esta crítica tiene cada vez menos relevancia, pues según he defendido (en la sección primera del Capítulo I) es perfectamente compatible la presencia de jueces “no elegidos” directamente por el pueblo (aunque si son elegidos indirectamente) con la lógica del Estado constitucional, y ello pasa por modular el concepto tradicional de la democracia (entendida como la regla de la mayoría) por una que conciba que el Derecho en su totalidad es producido no sólo por el pueblo o por sus representantes, bajo la regla de la mayoría, sino que también es producido por otros órganos de carácter “no representativo” como lo es el Tribunal Constitucional (modelo concentrado) o la Corte Suprema (modelo difuso).

Desde otra perspectiva, Hart en su respuesta señala que el hecho de que se les confiera a los jueces poder creativo de Derecho en las casos no regulados por él (por ejemplo, en los casos de lagunas) «puede ser considerado como un precio necesario que pagar, para evitar la inconveniencia de recurrir a métodos alternativos para regularlos, tales como [remitirlos] a la legislatura, y el precio puede ser visto pequeño si los jueces son restringidos en el ejercicio de estos poderes y no pueden confeccionar códigos o amplias reformas, sino únicamente reglas para substanciar las cuestiones específicas planteadas por los casos particulares. En segundo lugar, la delegación de poderes legislativos limitados al ejecutivo

---

<sup>694</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 150.

es un rasgo familiar de las democracias modernas y tal delegación a la judicatura parece no constituir una mayor amenaza a la democracia»<sup>695</sup>.

En cuanto al segundo, se señala que «si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía sino un deber nuevo creado después del hecho»<sup>696</sup>. En el mismo sentido, se ha dicho que si ninguna disposición regula una determinada conducta, pero luego el Tribunal aplica una disposición creada por él (ad hoc), tal proceder constituye una aplicación retroactiva del Derecho al caso, porque el hecho al que se le enlaza una consecuencia sancionatoria no constituía una ilicitud en el momento en que se produjo (ese hecho), sino que adquirió esta característica sólo posteriormente mediante la creación de un deber nuevo por parte del Tribunal<sup>697</sup>. Sobre esta cuestión Hart en su respuesta sostiene que efectivamente la creación del Derecho *ex post facto* (esto es, después del hecho) es injusta si se considera que frustra las expectativas justificadas de quien al actuar ha confiado en la presunción de que las consecuencias jurídicas de sus actos se encuentran señaladas por el Derecho existente, pero que sin embargo, esta objeción es irrelevante en los casos que el Derecho los ha regulado sólo de manera incompleta o simplemente no los ha regulado (casos difíciles), y en tales casos no se puede hablar (obviamente) de expectativas justificadas<sup>698</sup>.

De otro lado, Hart acusa a los realistas de hacer una lectura errónea de la expresión del juez Holmes quien —como mencioné— señaló que «la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia»<sup>699</sup>. Según Hart esta expresión en su contexto se trataba de una protesta contra la creencia de que el Derecho de los Tribunales era la extracción de las consecuencias lógicas contenidas en el Derecho es sus fases primigenias<sup>700</sup>. Hay pues una diferencia (clara) entre la creación del Derecho como producto de la experiencia y la extracción lógica de las fuentes primarias. Pero lo que se estaba atacando con esta crítica «no era realmente el método por el cual los tribunales [arribaban] a sus interpretaciones de la Constitución, sino la cristalización de cualquier interpretación particular de cualquier norma jurídica en una premisa fija,

---

<sup>695</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 59.

<sup>696</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 150.

<sup>697</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 254.

<sup>698</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 60.

<sup>699</sup> HOLMES, O.W., *The Common Law*, cit., p. 1.

<sup>700</sup> HART, H.L.A., «Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana», cit., pp. 333.

immune a revisión, y para ser usada en todos los otros casos de su aplicación»<sup>701</sup>. Sobre esta base a juicio de Hart no tiene sentido rechazar un estilo ciego, un punto de vista particular, de aplicación del Derecho el que supuestamente las decisiones de los jueces se identifican con el significado predeterminado de las disposiciones existentes para luego defender una forma “progresista” de aplicación del Derecho en el que las disposiciones jurídicas pueden ser aceptadas, modificadas o rechazadas si las consecuencias “previsibles” de su aplicación en un contexto determinado resultan ser “insatisfactorias”, se trata pues de nuevo de un punto de vista particular de aplicación del Derecho<sup>702</sup>. De otro lado, se señala que aquélla teoría que intenta separar el aspecto normativo del concepto de Derecho considerándolo como un puro hecho, es decir, sólo como una parte de la conducta social de las personas «están destinadas de un modo extraño a fracasar. Ampliamente, hablando por la siguiente razón: si el Derecho es definido como una cierta y existente conducta, el dualismo es por cierto evitado desde el comienzo. Las disquisiciones sobre el Derecho serán puramente teóricas acerca de lo que sucede o de lo que sucederá»<sup>703</sup>.

Por último, otra de las críticas está referida al carácter supuestamente “no veritativo” de los enunciado interpretativos toda vez que –según este punto de vista– un discurso prescriptivo si posee valores de verdad (es decir, si tiene valor asertivo, puede ser verdadero o falso). Se señala que quienes afirman esta postura entienden que «hay imperativos que expresan principios morales con validez absoluta, categórica –imperativos que no son subjetivos ni arbitrarios, sino que proceden *a priori* de la razón práctica del hombre, y la intuición racional los aprehende como evidentes por sí mismos. Tampoco les ha impedido mantener, de acuerdo con los defensores de una ética basada en valores “objetivos”, que podemos conocer estos valores y derivar de ellos imperativos morales válidos»<sup>704</sup>.

Una de las críticas a la versión *radical* de la teoría escéptica recuerda que Austin anticipaba que la tesis de que las disposiciones constitucionales carecen de significado antes de la interpretación y que es el juez quién a través de un acto de voluntad atribuye significado a

---

<sup>701</sup> Ídem, pp. 334 y 335.

<sup>702</sup> Ídem, p. 335.

<sup>703</sup> ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, del original: *Towards a realistic Jurisprudence. A criticism of the dualism in Law (1946)*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 57.

<sup>704</sup> ROSS, A., *Lógica de las normas*, cit., pp. 1 y 2.

esas disposiciones jurídicas supone asumir que el juez atribuye significado a la disposición constitucional según su propia opinión (o según su propia noción) sobre el significado de esa disposición. En ese sentido, lo que parece entenderse como interpretación «en verdad es legislación»<sup>705</sup>, pues la actuación del juez «es un acto palpable de legislación judicial y no de interpretación o construcción (en la aceptación correcta del término)»<sup>706</sup>. Sobre esta base Hart no duda en calificar a la actitud creadora del Derecho por parte del juez de “*pesadilla*” para las personas que están a la espera de las decisiones de los jueces, pues «los litigantes [se ha dicho] se consideran con derecho a recibir una aplicación del Derecho existente a sus disputas, no nuevas leyes hechas por ellos»<sup>707</sup>. Agrega este autor, que si bien el Derecho se presenta a menudo de manera poco evidente, también lo es, que la idea del juez erudito y experimentado puede encontrar la solución al caso es una “ilusión” condenada a fracasar<sup>708</sup>.

Desde otra perspectiva se cuestiona la tesis de esta versión *radical* en el sentido de que las disposiciones jurídicas sólo poseen significado luego de la interpretación de los jueces, es decir, que el Derecho existe sólo a través de la atribución de significado por parte de los jueces. Así, se señala que esta idea es errónea porque no todos los textos normativos están sujetos a esta “condición” operativa. Por ejemplo, esta tesis no puede ser verdad para las disposiciones jurídicas que instituyen a los jueces: «si todo el Derecho es creado por los jueces, para identificar el Derecho tenemos que identificar previamente a los jueces; pero “juez” es un concepto jurídico, y entonces, para identificar a los jueces, tenemos que identificar previamente el Derecho (al menos una parte del Derecho). No se ve cómo escapar de este círculo vicioso»<sup>709</sup>. O dicho de otro modo, no se puede afirmar de manera categórica que las disposiciones jurídicas que instituyen a los jueces carecen de significado que por lo menos se refiera a los jueces, sostener lo contrario, supone afirmar también que para saber que una disposición jurídica se refiere a los jueces debe haber sido previamente interpretada por los jueces, con lo cual, volvemos al punto inicial. Sobre esta base, se objeta que la

---

<sup>705</sup> AUSTIN, J., *Lectures on jurisprudence: or The Philosophy of Positive Law*, London: Murray, Vol. II, 2da. reimposición a la 5ta. edición 1885, 1911, p. 635.

<sup>706</sup> Ídem, p. 992.

<sup>707</sup> HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana, cit., p. 329.

<sup>708</sup> Ídem, pp. 329 y 330. Resulta anecdótico la crítica que le hace Hart al texto de Gray. Según Hart se trata de un libro que se parece más a un texto de Teoría del Derecho inglés que cualquier otro texto norteamericano, pero que sin embargo, persigue un propósito que no tiene nada de inglés: «que el Derecho consiste en las reglas establecidas por los tribunales al decidir los casos y que todo lo demás, incluido leyes y precedentes pasados, son solamente fuentes del Derecho», Ídem, p. 333.

<sup>709</sup> GUASTINI, R., “Intervención de Ricardo Guastini”, cit., p. 227.

función creadora del Derecho por el juez sea una característica identificativa de la aplicación del Derecho no sólo en los casos difíciles, sino también en los casos fáciles, es decir, «como si la aplicación fuera *esencialmente* una forma de crear Derecho, nunca una cuestión de declaración del Derecho existente, y [más todavía] con la sugerencia de que hasta que esta verdad sea entendida y los mitos que la oscurecían disipados, la naturaleza del Derecho no podría ser comprendida»<sup>710</sup>.

La objeción que se formula a la versión *moderada* de la teoría escéptica de interpretación defendida aquí principalmente por Kelsen está referida a la supuesta creación del Derecho a partir de la elección de uno de los significados de la disposición creada por el legislador. Es decir, si toda disposición jurídica tiene más de un significado (varios significados posibles) y el juez elige sólo uno de ellos para resolver el caso concreto no parece que se trate de un acto puro de creación del Derecho, sino de un acto de concretización de esa disposición jurídica, pues «el juez sólo crea Derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador»<sup>711</sup>. En el mismo sentido se ha señalado que sólo cabe hablar de creación judicial de Derecho en los supuestos en el que contenido del Derecho que dicta el juez no se deduzca del contenido del Derecho de una disposición jurídica aplicable al caso<sup>712</sup>.

¿Sirve la teoría escéptica radical para realizar la actividad interpretativa de la Constitución? No. A mi modo de ver, toda disposición de la Constitución presenta más un significado, lo que supone estos significados son previos o que preexisten a la interpretación, cuestión distinta es que a través de la actividad interpretativa sea posible saber cuál de ellos es el significado preferido y que será aplicado al caso concreto; pero esto no puede suponer que las disposiciones de la Constitución carecen de significado antes de la interpretación y que es el juez quien a través de un acto de voluntad atribuye *ex novo* (inventa) un significado a las disposiciones de la Constitución. Por tanto, la teoría escéptica radical no sirve para realizar la interpretación de la Constitución. En cambio, la teoría escéptica moderada si sirve

---

<sup>710</sup> HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana, cit., pp. 331 y 332.

<sup>711</sup> BULYGIN, E., “Creación y aplicación del Derecho”, en ATRIA, F., BUYGIN, E., MORESO, J.J., NAVARRO, P.E., RODRÍGUEZ, J.L., y RUIZ MANERO, J., *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 34.

<sup>712</sup> RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función judicial y teoría del Derecho*, Madrid: CEC, 1990, pp. 31 y 32.

para dar cuenta de la actividad interpretativa de la Constitución, aunque eso sí, como detallaré con ciertos matices. En efecto, la teoría escéptica moderada sirve de base para la actividad interpretativa de la Constitución desde que contempla que toda disposición de la Constitución tiene más de un significado (dos o más significados posibles) que pueden ser descubiertos por el juez constitucional a través de un acto del conocimiento, y que la elección de uno de ellos se realiza a través de un acto de la voluntad. Sin embargo, se trata de una teoría insuficiente por cuanto descuida el elemento contextual y la remisión al modelo coherentista del sistema jurídico al momento de interpretar de la Constitución. Es verdad que Kelsen también remite la elección del significado elegido a la idea de sistema, pero se refiere al sistema en sentido piramidal que no es el más adecuado cuando se trata de la interpretación de la Constitución.

### **5.3. Crítica a la teoría intermedia**

Aunque los planteamientos de Hart se inscriben dentro de la teoría intermedia éste realiza algunas críticas a los postulados de Holmes (que como he defendido los postulados de éste también se ubican dentro de la teoría intermedia). La crítica de Hart está referida a la parte en que Holmes rechaza el papel central de las reglas en la toma de decisiones al señalar que para él el Derecho sólo será lo que los tribunales realmente harán en su decisiones. Según Hart la sola afirmación de que existen tribunales resulta contradictoria con la idea de que no existen reglas, y ello es así, porque la existencia de tribunales implica (necesariamente) la existencia de reglas que le confieren tal potestad, y con ello, autoridad a sus decisiones<sup>713</sup>. En ese sentido, agrega que «[e]n una comunidad de personas que entendieran las nociones de decisión y de predicción de una decisión, pero no la de regla, faltaría la idea de decisión con *autoridad* y, con ella, la idea de tribunal. Sería imposible distinguir la decisión de un particular de la de un tribunal»<sup>714</sup>. En este punto, parece que la crítica de Hart es parcial y aislada pues Holmes no señala que el Derecho carece de reglas, al contrario, considera que la gran mayoría de casos se resuelven según las reglas existentes aunque eso sí rechaza la aplicación lógico-deductiva de las mismas al momento de resolver los casos concretos, y que los jueces ejercer la función creativa del Derecho sólo de manera “intersticial”.

---

<sup>713</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 170.

<sup>714</sup> *Ibidem*.



Pero es bastante sabido que las críticas más importantes son las formuladas por Dworkin a la teoría de Hart y que consiste en la negación de que los tribunales tienen discrecionalidad en sentido fuerte para crear Derecho en los casos no regulados por el Derecho existente (es decir en los casos de lagunas normativas). Según Dworkin, salvo raras excepciones tales casos difíciles no existen y en la medida de que el Derecho es determinado existe siempre una “única” respuesta correcta para cada caso<sup>715</sup>. Hart en su momento responderá que este modo de pensar proviene de la tradición europea continental sustentada en la doctrina de la división de poderes que asume que existe una marcada diferencia entre el legislador y el juez, en donde, el juez ritualmente aplica el Derecho; lo real es que jueces tanto de Estados Unidos como Inglaterra han sostenido que existen casos no regulados por el Derecho existente, y es donde, el juez una (inevitable) tarea creadora del Derecho<sup>716</sup>.

De otro lado, Hart señala que al incluir posteriormente Dworkin la conocida diferencia entre conceptos y concepciones en realidad su teoría está más próxima que lejana a la teoría intermedia, pues se reconoce, de hecho, que los jueces tienen una función creadora del Derecho. Así señala que «[a]ntes de la introducción de ideas interpretativas en su teoría, parecía que había una gran diferencia entre nuestras respectivas explicaciones sobre la judicación, porque el anterior rechazo de Dworkin de la discreción judicial en sentido fuerte y su insistencia en que hay siempre una respuesta correcta estaban asociados a la idea de que el papel del juez al resolver los casos era el de *inferir y aplicar el Derecho existente*»<sup>717</sup>. Bien, la crítica de Dworkin también está referida a los casos fáciles y la denominada zona de penumbra. Así señala que los positivistas como Hart sostienen que «un juez no tiene discreción cuando se [encuentra] con una [regla] clara y establecida»<sup>718</sup>, pues en estos casos fáciles las reglas se aplicarían de manera automática, y que sólo en algunos casos «los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de [reglas] jurídicas»<sup>719</sup>, es decir, que los jueces deben ejercer discrecionalidad en sentido su fuerte sólo en aquellos casos en que no exista certeza en la aplicación de la regla a un caso concreto. Desde esta perspectiva, a juicio de Dworkin «[l]a proposición según la cual cuando no se dispone de una [regla] clara se ha de

---

<sup>715</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 146.

<sup>716</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 58.

<sup>717</sup> Ídem, p. 55.

<sup>718</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 87.

<sup>719</sup> Ibidem.

ejercer la discreción [fuerte, en el sentido de “juicio”, es una tautología. Además no tiene relación con el problema de cómo dar cuenta de los principios jurídicos»<sup>720</sup>.

La crítica también está referida a la existencia de casos fáciles y difíciles. Se suele afirmar, un caso es difícil o bien porque no hay norma preexistente que regule el caso (por tanto, no hay norma aplicable al mismo) o bien porque (si la hay) puede producir un resultado injusto o socialmente perjudicial (en este último supuesto pese a tratarse de un texto claro). Pues bien, la crítica se dirige a negar la existencia abstracta u objetiva de casos fáciles o difíciles, de *un lado*, porque no tiene nada que ver con la cantidad de esfuerzo intelectual que se requiere para decidir el caso, y de *otro lado*, porque son potencialmente engañosos, pues decidir un caso “fácil” en el ámbito legal puede ser mucho más difícil que decidir otros casos “difíciles”<sup>721</sup>. Lo que quiero decir, es que antes de la interpretación éstos casos sólo pueden ser “considerados” fáciles o difíciles (pues objetivamente no son fáciles o difíciles), y es sólo es el juez constitucional quien con la vista puesta en la solución de un caso el que le otorga el calificativo de fácil o difícil, de ahí que un caso considerado fácil puede ser al final calificado por el juez como difícil o a la inversa. Un ejemplo, es el caso *Riggs v. Palmer* propuesto por Dworkin. En este caso, según el Derecho vigente el nieto que había matado al abuelo (para heredarlo) tenía derecho a heredar, pero el Tribunal en virtud del principio de que nadie puede beneficiarse de su propio acto, declaró que el nieto quedaba desprovisto de la herencia<sup>722</sup>.

Por último, las críticas están dirigidas también a rechazar tanto parcial como totalmente la existencia de la teoría intermedia. Así, en el primer caso sostienen que la teoría intermedia es errónea y por tanto merece ser rechazada en la parte en que sostiene que hay casos (casos claros o fáciles) en los que la interpretación de las disposiciones de la Constitución es una actividad (puramente) cognoscitiva por parte del juez constitucional. En efecto, se ha dicho que en este punto esta teoría «deja de lado el momento de la elección (y puesta a punto) del código hermenéutico, a la luz del cual ciertas interpretaciones aparecen como fundadas sobre la base de una actividad de simple (re)conocimiento y uso de reglas semánticas

---

<sup>720</sup> Ibidem.

<sup>721</sup> MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, cit., p. 168.

<sup>722</sup> RIDDALL, J.G., *Teoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 139.

dadas»<sup>723</sup>, mientras que respecto a la parte en que señala que hay casos difíciles en los que el juez ejerce discrecionalidad en sentido fuerte ya he mencionado que la crítica consiste en la creación y aplicación retroactiva del Derecho. Al respecto, Hart en su respuesta señala que efectivamente la creación del Derecho *ex post facto* (esto es, después del hecho) es injusta si se considera que frustra las expectativas justificadas de quien al actuar ha confiado en la presunción de que las consecuencias jurídicas de sus actos se encuentran señaladas por el Derecho existente, pero que sin embargo, esta objeción es irrelevante en los casos que el Derecho los ha regulado sólo de manera incompleta o simplemente no los ha regulado (los casos difíciles), y en tales casos no se puede hablar de expectativas justificadas<sup>724</sup>.

La postura que rechaza a la teoría intermedia en su totalidad parte de la idea de que la teoría cognitiva y la teoría escéptica son teorías excluyentes entre sí: una es la negación de la otra, por tanto, no hay lugar para una tercera teoría<sup>725</sup>. Así, el principal cuestionamiento es que la teoría intermedia se basa en la existencia de casos fáciles y casos difíciles, y donde el juez ejerce discrecionalidad sólo en los casos difíciles, pero que según Guastini la identificación del significado de una disposición «no es una cuestión problemática; en esta los jueces no ejercitan discrecionalidad alguna, lo cual supone que la interpretación propiamente dicha – “en abstracto” – sea acto de conocimiento, no de decisión. Entonces, la teoría [intermedia] es una (tácita, inconfesa) variante de la teoría cognitiva»<sup>726</sup>.

¿Sirve la teoría intermedia para realizar la actividad interpretativa de la Constitución? No. A mi modo de ver, la interpretación de la Constitución supone la conjugación en todos los supuestos de procesos cognitivos y volitivos a la vez, no como entiende la teoría intermedia que respecto de una misma disposición de la Constitución el juez realiza una actividad cognoscitiva sólo cuando se trata de casos fáciles (por tanto descuida el elemento volitivo), mientras que realiza una actividad volitiva sólo cuando se trata de casos difíciles (por tanto descuida el elemento cognitivo). Por tanto, la teoría intermedia en sus justos términos no sirve para realizar la actividad interpretativa de la Constitución.

#### 5.4. Crítica a la teoría alternativa

---

<sup>723</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 165.

<sup>724</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 60.

<sup>725</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 122.

<sup>726</sup> Ídem, pp. 127 y 128.

Una de las principales objeciones que se le formula a esta teoría está referida a la dificultad de sostener que el criterio literal de las disposiciones de la Constitución constituye en sí mismas un límite jurídico-cognitivo a las decisiones interpretativas del juez constitucional. En efecto, se sostiene que pese a la pretensión de que se debe respetar las reglas sintácticas y semánticas de las palabras en las que están expresadas las disposiciones constitucionales más bien es frecuente que los jueces constitucionales se aparten del significado ordinario de las expresiones lingüísticas y actúen guiados por métodos interpretativos específicamente jurídicos, por tesis dogmáticas preestablecidas y por sus sentimientos de justicia<sup>727</sup>. De otro lado, el cuestionamiento también está dirigido a señalar que el mencionado criterio literal sea un límite normativo con entidad propia capaz de vincular (aunque sea mínimamente) en todos los casos al intérprete de la Constitución, pues es claro que si la disposición jurídica ha de ser interpretada y es el juez quien tiene que elegir uno significado dentro de los varios posibles (suponiendo que el significado elegido respete el criterio literal y por tanto sea válido), parece que el significado que constituye el límite normativo no es el que preexiste en la disposición constitucional sino el que ha sido atribuido por el juez. Entonces, parece que al final el criterio literal como límite jurídico-normativo depende de la voluntad del juez y no de sí mismo.

¿Sirve la teoría alternativa para realizar la actividad interpretativa de la Constitución? No totalmente. De modo similar a lo que ocurre con la teoría escéptica moderada, la teoría alternativa puede servir de base para realizar la actividad interpretativa de la Constitución desde que contempla que toda disposición de la Constitución tiene más de un significado (dos o más significados posibles) que pueden ser descubiertos por el juez constitucional a través de un acto del conocimiento, y que la elección de uno de ellos se realiza a través de un acto de la voluntad. Sin embargo, se trata de una teoría insuficiente por cuanto descuida el elemento contextual y la remisión al modelo coherentista de sistema jurídico al momento de interpretar de la Constitución. Es verdad que al igual que Kelsen admite la remisión del significado elegido a la idea del sistema jurídico, pero se refiere al sistema jurídico en sentido piramidal que (como lo detallaré) no es el más adecuado cuando se trata de la interpretación de la Constitución del Estado constitucional.

---

<sup>727</sup> GUASTINI, R., “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, cit., p. 19.

## **SECCIÓN SEGUNDA: Hacia una teoría integral de interpretación de la Constitución**

Una vez efectuado el análisis de las principales teorías de la interpretación y advertido la incapacidad de unas y la insuficiencia de otras para dar cuenta de la tarea interpretativa de la Constitución del Estado constitucional parece aconsejable proponer la construcción de una teoría a la que denomino *teoría integral* de la interpretación de la Constitución la que – además de superar a las diversas teorías señaladas– ofrece los elementos adecuados para describir (o realizar) de manera más apropiada (o satisfactoria) la interpretación de las disposiciones de la Constitución. Según he expresado en la introducción y luego analizado en la sección primera del Capítulo I, la presente investigación sobre la interpretación de la Constitución se desarrolla en el marco del Estado constitucional actual y en las notas que lo caracterizan básicamente en cuanto constituye la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico y la incorporación de una dimensión ética sustantiva que se reclama jurídicamente vinculante. En ese sentido, la teoría integral se orienta a dar cuenta de la interpretación de la Constitución en el marco del Estado constitucional y en las notas que lo caracterizan. Bien, antes de iniciar con el desarrollo de los postulados de la teoría integral es necesario tener en cuenta al menos dos cuestiones.

La primera está referida a la relación que existe entre la Constitución y su interpretación. Al respecto, ya he dicho que la interpretación de la Constitución depende de la configuración del objeto llamado Constitución; asimismo, ya he señalado que la Constitución del Estado constitucional actual es una Constitución (predominantemente) escrita y normativa y que es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, por lo que aquí intentaré explicar las principales consecuencias que se derivan de la siguiente alternativa: es la interpretación lo que condiciona a la Constitución o, es la Constitución la que condiciona a la interpretación. Quien afirma que sólo la interpretación da vida a la Constitución, es decir, quien señala que el texto de la Constitución no existe si no se le atribuye (judicialmente) un significado, está afirmando que la Constitución sin la interpretación simplemente no tiene entidad propia, existe como documento, pero no enuncia ningún contenido normativo. Por el contrario, quien señala que el significado de las disposiciones de la Constitución preexiste aunque sea mínimamente a la interpretación está afirmando que existe insisto aunque sea mínimamente un contenido normativo de la Constitución (la Constitución tiene entidad propia).

La teoría integral acoge y defiende este último planteamiento. Por tanto, según esta teoría la interpretación no condiciona a la Constitución, todo lo contrario, la Constitución determina a la interpretación; sólo de este modo se puede confirmar lo expresado en la sección primera del Capítulo I de esta investigación en el sentido de que la Constitución es la norma jurídica suprema (esto es, con carácter normativo) del orden jurídico. Si no fuera así, qué sentido tendría afirmar por ejemplo que la Constitución vincula; qué es lo que vincularía si no se sabe qué es lo que vincula. Dicho en otras palabras, si se acepta la tesis de que las disposiciones de la Constitución no tienen ningún contenido normativo, aunque sea mínimo ¿cómo se puede afirmar de manera categórica sin caer en contradicción que la Constitución es la norma jurídica suprema que contiene los criterios formales y materiales de validez del ordenamiento jurídico?.

Este modo de ver las cosas también tiene apoyo en la noción de fuerza normativa de la Constitución que supone el cumplimiento de cuando menos dos requisitos: i) la vinculación con la realidad sociopolítica a regir, y ii) la ordenación (vinculación-mandato) de esa realidad sociopolítica. En el primer caso, la Constitución carece de toda fuerza jurídica si no está vinculada con la realidad sociopolítica que pretende regir; en el segundo caso, la “pretensión de vigencia” de la Constitución exige que ella ordene, conforme y vincule la realidad sociopolítica. De este modo, la Constitución se encuentra condicionada por la realidad sociopolítica, pero, al mismo tiempo condiciona esa realidad (no es mero reflejo de ésta)<sup>728</sup>. Y, la condiciona porque tiene normatividad: «sin normatividad ninguna Constitución es capaz de generar normalidad, y con ello, continuidad en la actividad estatal»<sup>729</sup>. Con base en la noción de fuerza normativa de la Constitución –se dice– se puede enfocar de manera correcta el problema de la interpretación de las disposiciones de la Constitución, pues «[a] partir de dichas premisas cabe afirmar la posibilidad de esta tarea, en cuanto actividad jurídica, al tiempo que se consolidan sus rasgos distintivos», lo que trae consigo que se consolida «el objeto del proceso interpretativo [el texto constitucional] en

---

<sup>728</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 77 y ss.

<sup>729</sup> SCHNEIDER, H.P., “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, trad. de K.-J. Albiez Dohrmann y M. Saavedra López, en SCHNEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, Madrid: CEC, 1991, p. 71.

una estructura inequívocamente normativa, dotada de un grado de estabilidad y objetividad que permite precisar» el sentido de las disposiciones de la Constitución<sup>730</sup>.

De ese modo, frente al enfoque tradicional de la interpretación que se presenta como la exposición exclusiva del sentido previo y acabado de las disposiciones jurídicas se sostiene, en cambio, que el enfoque actual concibe a la actividad interpretativa de la Constitución como la conjugación de «la “norma-dato” o la “norma preexistente” que constituye el *prius* de la interpretación, con la “norma-producto” o “norma resultado” que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa»<sup>731</sup>. Lo que pretendo decir es que la actividad interpretativa de las disposiciones constitucionales no supone la exposición exclusiva del significado previo y acabado de éstas, sino que «incorpora siempre una dimensión volitiva, pero no implica sostener ni que las “normas-dato” sean creadas por el intérprete, ni que no limiten el elenco de “normas resultado” que cabe establecer a partir de ellas»<sup>732</sup>.

La segunda cuestión es si la interpretación del texto constitucional es (o puede ser) una actividad exclusivamente objetiva, avalorativa, neutral (no comprometidas con juicios de valor ético-normativos), o si por el contrario, se trata de una actividad fundamentalmente crítica, valorativa, cualquiera que esta sea (esto es, volcarse al servicio de una causa)<sup>733</sup>. Al respecto, con un tono “prescriptivo” la doctrina señala que la teoría científica debe limitarse únicamente a describir la interpretación en general, pero no sugerir qué interpretación debe realizar el juez<sup>734</sup>. Es decir, que desde una perspectiva avalorativa «el jurista deberá estudiar dichos datos de la misma manera en la que el científico estudia la realidad natural, o sea, absteniéndose de formular juicios de valor»<sup>735</sup>. Contrario a esto, propongo aquí una teoría prescriptiva de la teoría de la interpretación de la Constitución en el sentido que no se limita a explicar el modo en que los jueces interpretan la Constitución sino cómo deben (o cómo deberían) interpretar la Constitución. Una teoría de la interpretación de la Constitución en la lógica del Estado constitucional debe ser normativa, valorativa y no sólo descriptiva. Si no

---

<sup>730</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 259, las dos citas.

<sup>731</sup> Ídem, p. 261.

<sup>732</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 411.

<sup>733</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 159.

<sup>734</sup> KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, cit., p. XVI.

<sup>735</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 54.

es así, no hay otra manera de explicar los contenidos morales (principios) que recoge la Constitución.

Se trata entonces de una teoría de la interpretación de la Constitución que en la lógica del Estado constitucional es doblemente prescriptiva, por un lado critica la teorías de la interpretación existentes (pronunciando juicios de valor), y de otro lado, proyecta una determinada forma de interpretar la Constitución (formulando propuestas). Naturalmente, en algunos casos puede resultar difícil diferenciar entre lo descriptivo y lo prescriptivo. Por ejemplo, no parece obvia la diferencia que pueda haber entre sostener «que el significado de un texto normativo es aquel que se corresponde con el uso común del lenguaje y recomendar a los operadores jurídicos interpretar, precisamente, en conformidad con el uso común (por lo tanto sin importarle, de modo indiferente, la intención del “legislador”, dado que esta exista y pueda conocerse, a partir del “sistema” del [D]erecho, de la *ratio legis*, y de cualquier otra cosa)»<sup>736</sup>.

## **1. La teoría integral de interpretación de la Constitución**

La teoría integral de interpretación de la Constitución es una construcción teórica a partir de algunos planteamientos de Kelsen, Cuenca Gómez, Wróblewski y Dworkin. Es decir, se trata de una formulación teórica que se fundamenta básicamente en algunas tesis de las teorías de la interpretación escéptica (moderada), alternativa, y cognitiva (contemporánea). No obstante, conviene precisar que ésta fundamentación –como se detallará– sólo respecto de algunos de tales planteamientos es total, mientras que respecto de los demás es parcial (es decir, con algunos matices). De este modo, según la teoría integral la interpretación de la Constitución es un acto de conocimiento (o del conocimiento) que consiste en descubrir, verificar o conocer los diversos significados posibles que provee el marco normativo de las disposiciones de la Constitución, y a la vez, es un acto de voluntad (o de la voluntad) que consiste en elegir sólo uno de los significados del marco normativo, previa conexión con el contexto funcional y la remisión al sistema jurídico, el que constituye el significado o la norma constitucional (o la norma-producto) de la disposición constitucional.

---

<sup>736</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 277.



Así, el juez constitucional en su labor de interpretación de la Constitución descubre, conoce o constata a través de un acto del conocimiento que la disposición constitucional “T” significa *mínimamente* S1, S2 o S3, pero no puede significar S4 o S5, y a la vez, a través de un acto de la voluntad, previa conexión con el contexto funcional y la remisión al modelo coherentista del sistema jurídico decide que la disposición constitucional “T” significa S2, y por tanto, coincide (en todo) con uno de los significados del marco normativo o, decide que la disposición constitucional “T” significa S2a, y por tanto, coincide sólo en parte con uno de los significados del marco normativo que ha sido añadido o complementado por otro significado.

En resumen, la teoría integral de interpretación de la Constitución se aleja decididamente de la teoría cognitiva (en general) que concibe a la interpretación como una actividad sólo del conocimiento, según la cual el juez se limita a descubrir el único significado preexistente y objetivo, pero también se aleja claramente de la teoría escéptica radical que concibe a la interpretación como una actividad exclusivamente de la voluntad que consiste en inventar libremente el significado de las disposiciones de la Constitución, y también de la teoría intermedia que si bien considera que la interpretación implica la actuación de los elementos cognitivo y volitivo, sin embargo, lo hace en forma separada, cognitivo para los casos fáciles y volitivo para los casos difíciles. Y más bien la teoría integral coincide, aunque con ciertos matices, con la teoría cognitiva (contemporánea), la teoría escéptica (moderada) y la teoría alternativa, éstas dos últimas que sostienen que la interpretación es una actividad cognoscitiva y volitiva a la vez.

## **2. El concepto (amplio) de interpretación desde la teoría integral**

La teoría integral de la interpretación de la Constitución acoge la tesis –que de algún modo propone Kelsen– en el sentido de que la interpretación es una actividad necesaria en todo proceso de aplicación del Derecho, lo que implica que la actividad interpretativa, en este caso, de la Constitución supone adoptar un concepto *amplio* o *extensivo* de interpretación. Kelsen no señala de manera expresa si asume o no el concepto amplio de interpretación, pero ello se deriva implícitamente de sus planteamientos. En efecto, según este autor la interpretación es una actividad necesaria en todos los casos de aplicación del Derecho (lo que evidentemente incluye a los supuestos de claridad en la interpretación de las

disposiciones constitucionales). En otras palabras, las ideas de Kelsen surgen a partir de la constatación del hecho de que en todos los casos en que un órgano jurídico requiere aplicar el Derecho éste primero tiene que establecer el significado de la disposición jurídica que aplicará; es decir, primero tiene que interpretar esa disposición jurídica<sup>737</sup>. Así, por ejemplo, señala que se interpreta la Constitución, la ley, los tratados, las sentencias, etc., en cuanto tienen que ser aplicadas, según sea el caso, por un Tribunal o por un órgano administrativo nacional o internacional. Y, de manera más específica aún sobre la interpretación de la Constitución sostiene que «tenemos también una interpretación de la Constitución en tanto corresponde aplicarla, mediante el procedimiento legislativo, al promulgar normas de emergencia o producir otros actos inmediatamente determinados por la Constitución [como por ejemplo, al resolver los casos constitucionales por los jueces constitucionales]»<sup>738</sup>.

Ahora bien, conviene precisar que los planteamientos de Kelsen no están referidos en estricto a la interpretación de la Constitución, sino que –bajo una concepción piramidal del Derecho– están referidos al Derecho en general, y en algunas ocasiones están referidos específicamente a la interpretación de la ley, la que según él (y así lo señala de manera expresa) constituye el caso más común de la interpretación del Derecho<sup>739</sup>. Sin embargo, los planteamientos de Kelsen sí pueden servir para dar cuenta de la tarea interpretativa de la Constitución, aunque eso sí con algunos importantes matices, debido principalmente a la posición jerárquica que ocupa la Constitución en el ordenamiento jurídico de los Estados. En efecto, uno de estos matices tiene que ver precisamente con la concepción piramidal del Derecho. Es bastante sabido que Kelsen construye sus planteamientos sobre la base de la concepción de la estructura escalonada o jerárquica del Derecho que significa que en un sistema jurídico existen disposiciones superiores (la Constitución es la superior de todas) y disposiciones inferiores (la ley, los reglamentos, las sentencias, etc.). En ese sentido, dado que en el marco del Estado constitucional la Constitución es la disposición suprema del ordenamiento jurídico carece de sentido hablar, en este nivel, de la interpretación “de” la Constitución en sentido exclusivamente piramidal desde que resulta obvio de que no existe disposición de Derecho positivo superior a ésta, pues ésta es la disposición suprema.

---

<sup>737</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 349.

<sup>738</sup> *Ibidem*.

<sup>739</sup> *Ibidem*.

De este modo, la teoría integral de interpretación de la Constitución propone complementar la concepción piramidal con la concepción integral del ordenamiento jurídico. Esto supone «[complementar] la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, [con] un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda»<sup>740</sup>. Esta construcción, como detallaré, sigue varias de las ideas de Dworkin, aunque eso sí, con ciertos matices.

### **3. El elemento cognoscitivo (del contenido) de las disposiciones de la Constitución**

Según la teoría integral –siguiendo de nuevo a Kelsen–, la interpretación de la Constitución es una actividad que comporta la combinación en *todos* los casos de procesos cognitivos y volitivos a la vez, aunque finalmente –como detallaré– es una actividad predominantemente volitiva; por lo tanto, no es un acto exclusivo del conocimiento ni de la voluntad del juez, sino que supone la conjunción de los dos aspectos a la vez. En efecto, según Kelsen «en la aplicación del Derecho [y por tanto también en la aplicación de la Constitución] por un órgano jurídico [Tribunal Constitucional o Corte Suprema], la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra»<sup>741</sup>.

Así entonces, en el momento intelectual (o cognitivo) el juez constitucional descubre o constata los diversos significados posibles que provee el marco normativo de la disposición constitucional; es decir, en esta fase el juez hace uso de su conocimiento, de su inteligencia para tomar conocimiento de las diversas posibilidades dadas en el marco de la disposición constitucional. De todo esto se sigue, que para la teoría integral las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución no carecen de significado (como pretende la

---

<sup>740</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”, en RAMOS PASCUA, J.A. y RODILLA GONZÁLES, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006, p. 651.

<sup>741</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354. Guastini, en cambio, se resiste a aceptar del todo sobre la existencia de actividades intelectivas en la interpretación. A su juicio, la interpretación *puede* ser un acto de conocimiento, GUASTINI, R., “Enunciados interpretativos”, trad. de A. Rentería Díaz, del original: *Enunciati interpretativi*, *Nóesis (Revista de Ciencias Sociales y Humanidades)*, Ciudad Juárez: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Vol. 9, Núm. 18, 1997, p. 121.

teoría escéptica radical), pero tampoco tienen un único significado (como pretende la teoría cognitiva), sino que tienen más de un significado, dos o más significados posibles. Kelsen señala que en este momento la actividad del juez constitucional básicamente está orientada a la determinación de los diversos significados que provee el marco, las opciones dadas dependerá de la dimensión del marco normativo que puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando, por ejemplo, la disposición constitucional sólo contiene la autorización para la producción de otras disposiciones sin predeterminedar su contenido<sup>742</sup>.

### **3.1. El marco normativo de las disposiciones constitucionales**

El planteamiento central de la teoría integral de interpretación de la Constitución siguiendo una vez más a Kelsen es que toda disposición constitucional tiene siempre o, para ser más preciso, se presenta como un marco normativo en el que existen varias significaciones posibles. En efecto, según éste autor toda disposición constitucional configura «un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación»<sup>743</sup>, es decir, dentro del cual existen varios significados posibles susceptibles de aplicación para el juez constitucional. La idea del marco normativo, y que, dentro de él hay varios significados posibles contrasta con las teorías cognitivas (en general) que señala que toda disposición constitucional tiene un único significado objetivo y que según alguna versión esta respuesta es además correcta; con la teoría escéptica radical que sostiene que las disposiciones de la Constitución carecen de significado antes de la interpretación y que éstas sólo tienen significado luego de la interpretación del juez.

En ese sentido, según la teoría integral el primer paso de la actividad interpretativa consiste en determinar el marco normativo de las disposiciones de la Constitución el que –como dije– provee varias significaciones posibles. En efecto, siguiendo la tesis kelseniana se puede decir que la interpretación de las disposiciones de la Constitución consiste en un primer momento (únicamente) en establecer o determinar «el marco que expone el Derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco»<sup>744</sup>, o lo que es lo mismo, el conocimiento de las varias significaciones posibles que

---

<sup>742</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 254.

<sup>743</sup> Ídem, p. 351.

<sup>744</sup> Ibidem.

existen dentro de la disposición constitucional objeto de interpretación<sup>745</sup>. Naturalmente, la tarea de trazar los bordes del marco normativo que permita conocer (cuáles son) las distintas significaciones posibles de las disposiciones constitucionales –y con ello, diferenciarlas de las que no son– puede resultar una labor sumamente compleja e incluso no pacífica, puesto que –como dije– las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser amplias y abstractas. En efecto, uno de los principales problemas a los que se enfrenta el ejercicio de establecer el marco normativo –de cualquier disposición constitucional– es la indeterminación (del Derecho) de las disposiciones de la Constitución.

Ahora bien, dentro de las diversas formas de indeterminación del Derecho las más comunes serían la vaguedad, la ambigüedad y la carga emotiva, siendo las más problemáticas en el caso de la interpretación de la Constitución la vaguedad y la carga emotiva. Sin embargo, que las disposiciones de la Constitución sean amplias y abstractas, y que por tanto estén afectadas básicamente por el problema de la vaguedad y la carga emotiva no quiere decir que no sea posible encontrar un mínimo de determinación de las mismas. Ello es así, porque no se puede afirmar de manera categórica que las disposiciones constitucionales carecen (absolutamente) de algún significado; si así fuera el texto de la Constitución (y el Derecho en general) adolecería de informatividad y/o normatividad. En efecto, se ha dicho que «ningún término es absolutamente determinado, ni absolutamente indeterminado. Un término *absolutamente indeterminado* no existe, porque un término así no significaría nada; o sea, para decirlo de otro modo, podría aplicarse a cualquier cosa y carecería de toda informatividad. Y tampoco existe un término *absolutamente determinado*, porque incluso un término con numerosas determinaciones es susceptible de ulteriores distinciones lógicas y fenoménicas»<sup>746</sup>. En cambio, si es posible afirmar, como detallaré, que las disposiciones de la Constitución (y del Derecho en general) son mínimamente determinadas.

### **3.2. La determinación del marco normativo de las disposiciones en “sentido negativo”**

La labor de trazar los bordes del marco normativo de las disposiciones de la Constitución que permita conocer cuáles son las distintas significaciones posibles es –como dije– una

---

<sup>745</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

<sup>746</sup> Tuzet, G., “Pragmática de lo indeterminado”, trad. de M.Á. Rodilla, en Pérez Bermejo, J.M. y Rodilla, M.Á. (eds.), *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007, p. 46.

tarea compleja y no pacífica, pero no por ello imposible, pues existen algunos criterios a partir de los cuales se puede conseguir ese propósito. De este modo, siguiendo la tesis de Cuenca Gómez en el sentido de que si bien no es posible señalar con exactitud cuáles son las distintas significaciones de las disposiciones de la Constitución; es decir, si bien no se puede afirmar de manera categórica y en sentido positivo cuáles serían tales significados; sin embargo este propósito si se puede lograr a través de un ejercicio o una argumentación en sentido negativo cuyo objeto es ya no señalar cuáles son los posibles significados de las disposiciones de la Constitución, sino señalar cuáles no son (o cuáles no pueden ser) tales significados. Dicho de otra manera, la labor de trazar los bordes del marco normativo del texto de la Constitución estaría dirigida ya no a señalar cuáles son o cuáles serían los posibles significados del mismo, sino a señalar cuáles no son (o cuáles no pueden ser) tales significados.

Lo anterior sería posible, porque según se ha expresado, «[l]o relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera [de éste]»<sup>747</sup>, es decir, que según éste modo de ver, la sola existencia del marco normativo con varios significados presupone que hay otros significados que no están (o no pueden estar) dentro de él; o lo que es lo mismo, «[l]a misma señalización de la posibilidad de varios significados implica el descarte de otros»<sup>748</sup>. De este modo, Cuenca Gómez –dando cuenta de que si bien se trata de una cuestión poco abordada por la teoría kelseniana, pero que puede ser deducida de sus postulados– señala que «los significados que el marco excluye son aquellos que se enfrentan con el lenguaje de las normas y con la idea de sistema»<sup>749</sup>. En efecto, una revisión mínima de los principales planteamientos de Kelsen permite concluir que los contornos del marco normativo estarían determinados por el criterio literal de las disposiciones jurídicas.

Así, las tesis de este autor en el sentido de que el significado de las disposiciones constitucionales «corresponde por lo menos a uno de los varios significados que la expresión lingüística de la norma lleva consigo»<sup>750</sup>, o que el significado de la misma debe configurarse «de tal suerte que corresponda a uno u otros de los diferentes significados lingüísticos de la

---

<sup>747</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 416.

<sup>748</sup> ASÍS ROIG, R. de., *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 60.

<sup>749</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 416.

<sup>750</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 351.

[disposición constitucional]»<sup>751</sup> corroboran que los bordes del marco normativo estarían conformados por el sentido literal de las disposiciones de la Constitución. Dicho de otra manera, es pues el criterio literal el que permite delimitar el borde del marco normativo, es decir, el que permite discriminar entre los significados que están “dentro”, y por tanto son admisibles o válidos, y los que quedan “fuera”, y por tanto son inadmisibles. Ahora bien, la determinación del marco normativo en sentido negativo puede, sin embargo, ser finalmente reconstruida en sentido positivo. Es decir, una vez descartados los significados que no pueden conformar el marco normativo, quedan los que si lo pueden conformar y entonces el juez deberá elegir uno de ellos.

### **3.3. El criterio literal y la determinación mínima de la disposición constitucional**

En líneas generales, el criterio literal exige que la interpretación de las disposiciones de la Constitución se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. En efecto, el criterio de interpretación literal exige obtener «el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje, o en el caso en el que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla»<sup>752</sup>. Se entiende que el significado literal debe resultar de las convenciones y de las reglas de uso generales de los integrantes de una comunidad lingüística determinada. Es decir, «[e]l significado literal de las palabras (o el significado gramatical de las palabras) es el significado que la costumbre ha anexado a ellas. Es el significado adjuntado [o atribuido] a ellas comúnmente por todos o la mayoría de las personas que usan habitualmente un lenguaje dado. Si las palabras son técnicas, el significado es el adjuntado a ellas comúnmente a ellas por todos o la mayoría de las personas que son especialmente versadas u ocupadas con el arte o ciencia dada»<sup>753</sup>. Ahora bien, Cuenca Gómez desde los postulados de la teoría alternativa ha anotado que existen dificultades en el uso del criterio de interpretación literal en la actividad interpretativa de la Constitución<sup>754</sup>. Según este modo de ver, «el empleo del criterio literal se ve dificultado por el alto grado de indeterminación que presentan las disposiciones constitucionales, sobre todo aquellos que versan sobre cuestiones materiales, y por la mayor incidencia de las

---

<sup>751</sup> Ibidem, p. 351.

<sup>752</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 316.

<sup>753</sup> AUSTIN, J., *Lectures on jurisprudence*, cit., p. 990.

<sup>754</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 448 y 449.

valoraciones del intérprete en el establecimiento de su sentido, dada su fuerte carga ética y política»<sup>755</sup>.

Al respecto, conviene precisar que la eventual existencia de algunas dificultades en el uso del criterio literal no lleva sin embargo a predicar la total indeterminación de las disposiciones de la Constitución, pues la lógica del Estado constitucional y las notas que lo caracterizan, especialmente la que se refiere al carácter normativo de la Constitución presupone que las disposiciones de la Constitución presentan algún grado de determinación, y por tanto, de ellas se puede predicar algún tipo de significado, por mínimo que éste sea. Las disposiciones de la Constitución no son absolutamente determinadas ni absolutamente indeterminadas; todas ellas presentan algún grado (o un mínimo) de determinación, y por tanto, tienen también algún tipo (o un mínimo) de significado: los significados (mínimos) susceptibles de ser atribuidos a una disposición de la Constitución serían los significados gramaticalmente posibles. Por obvio que parezca, se trata de una determinación de carácter semántico, pues es difícil afirmar que un texto de símbolos no interpretados disfruta de determinación. En efecto, la idea de la determinación sintáctica es pues incomprensible<sup>756</sup>. Por ejemplo, las disposiciones de la Constitución: “Todos tienen derecho a la vida”, “La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima” o el “El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey” tienen algún tipo (o un mínimo) de significado; no se podría decir de manera categórica que carecen de algún significado mínimo.

Si las disposiciones constitucionales no fueran mínimamente determinadas no sería pues posible que los jueces puedan resolver las controversias a partir precisamente (o haciendo uso) del material jurídico que contiene la Constitución. En resumen, por reales que fuesen las dificultades tampoco puede conducirse a la idea de que los enunciados de la Constitución son absolutamente indeterminados, esto es, que se tratan de preceptos jurídicos vacíos carentes de algún significado o contenido normativo, y ello no es ni puede ser así, por la buena razón de que «no es posible considerar que el Derecho es un sistema de normas, ni

---

<sup>755</sup> Ídem, p. 449.

<sup>756</sup> MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 184.



que el Derecho es una técnica normativa de control social, sin presumir un mínimo de determinación de las normas»<sup>757</sup>.

De otro lado, sólo una vez admitida la existencia del significado mínimo de (todas) las disposiciones de la Constitución (y del Derecho en general) se puede afirmar que ésta cumple realmente algunas de sus funciones tanto específicas como generales. Dentro de las específicas, tenemos la *función de orientación*, según la cual el Derecho de la Constitución ofrece una información acerca de qué comportamiento es conforme o contrario a las disposiciones constitucionales, y la *función de aplicación*, según la cual las disposiciones de la Constitución constituyen la base normativa de las decisiones, por ejemplo, cuando se interpreta la disposición que organiza u otorga directamente alguna competencia a los órganos del Estado<sup>758</sup>. Dentro de las funciones generales, tenemos la *función de organización social*, según la cual el Derecho organiza la estructura normativa de la sociedad con la finalidad de distribuir el poder social y asignar roles sociales<sup>759</sup>, y la *función de control social*, según la cual el Derecho regula e interviene en los comportamientos sociales de los individuos con la finalidad de producir y mantener la cohesión de un grupo social<sup>760</sup>. En ese sentido, se ha señalado que si las disposiciones de la Constitución no tuvieran un significado mínimo «difícilmente podrá lograrse la principal función del Derecho que es la organización y dirección de la sociedad, pero además, si el Derecho cuenta con criterios de validez que se refieren a los contenidos posibles de las [disposiciones constitucionales], éstos se presentan como guía de cualquier significado posible»<sup>761</sup>.

De todo lo anterior, es posible afirmar que el criterio literal se instituye en el fundamento de la determinación mínima de toda disposición de la Constitución. En efecto, siguiendo de nuevo a Cuenca Gómez se puede señalar que «[l]a tesis de la determinación mínima se fundamenta en la posibilidad de asignar a toda disposición jurídica un significado literal», lo que obviamente supone que «el significado literal opera en todos los casos como base de la

---

<sup>757</sup> ASÍS ROIG, R. de, "La interpretación de la Constitución, cit., p. 289.

<sup>758</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 93 y 94.

<sup>759</sup> FARIÑAS, M.J., "El Derecho como forma de organización social", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ, E. y ASÍS, R.de., *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2da. edición, 2000, pp. 39 y 57.

<sup>760</sup> *Idem*, pp. 41 y 51.

<sup>761</sup> ASÍS ROIG, R.de., "La interpretación y aplicación del Derecho", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ, E. y ASÍS, R.de., *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2da. edición, 2000, p. 235.

interpretación jurídica, que puede realizarse de manera contingente como fuente directa o como guía de soluciones interpretativas, y que se erige siempre, o para ser más exactos casi siempre, en un límite irrebasable para la voluntad del intérprete excluyendo la admisibilidad de ciertos resultados interpretativos»<sup>762</sup>.

#### **4. El elemento volitivo y los criterios de elección del significado constitucional**

Ya he señalado que la interpretación de la Constitución es una actividad que comporta la combinación en *todos* los casos de procesos cognitivos y volitivos a la vez. Asimismo, ya he expresado que en el momento cognitivo el juez constitucional descubre las diversas significaciones posibles que provee el marco normativo de toda disposición constitucional. Pues bien, una vez conocidos los diversos significados que provee el marco normativo, la teoría integral –siguiendo de nuevo a Kelsen– exige que el juez constitucional elija a través de un acto de la voluntad una (sólo una) de las varias significaciones posibles que será el significado de la disposición constitucional<sup>763</sup>. Es bastante sabido que esta tesis de Kelsen surge del rechazo a la tradición jurídica que entiende «el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de Derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, un opción correcta según el Derecho positivo»<sup>764</sup>. En lugar de ello, este autor concluirá que el proceso de interpretación además de un acto de conocimiento es una función de la voluntad.

Sin embargo, conviene recordar que «[e]l marco interpretativo está delimitado en el sentido de que no todas las opciones son posibles y que además se deben respetar una serie de reglas»<sup>765</sup>. En ese sentido, si el marco normativo de las disposiciones de la Constitución ofrece varios significados y si el juez puede elegir sólo uno de ellos, se entiende que el significado será válido sólo si se encuentra dentro de ese marco normativo<sup>766</sup>. Dicho en otros términos, el significado elegido tendrá validez sólo si responde (o se corresponde) a uno de

---

<sup>762</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 409 y 410, las dos citas.

<sup>763</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354.

<sup>764</sup> Ídem, p. 352.

<sup>765</sup> ASÍS ROIG, R.de., “La interpretación y aplicación del Derecho”, cit., p. 231.

<sup>766</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 351.

los varios significados lingüísticos de la disposición constitucional. Y de otro lado, la teoría integral exige también que el juez constitucional relacione el significado a elegir con su contexto funcional y el modelo coherentista de sistema jurídico; es decir, que lo relacione con las exigencias particulares de su uso y las notas que identifican al modelo de sistema jurídico, de lo que resulta que el significado elegido tendrá validez sólo si responde (o se corresponde) con el sistema jurídico al que él pertenece. Esta actividad interpretativa del juez constitucional no es una actividad alejada totalmente de la realidad como podría ser considerada, pues se ha dicho que «[l]a misma jurisprudencia no hace otra cosa, en cuanto que interpreta cada precepto en virtud de su situación y de sus conexiones con la totalidad de un orden jurídico positivo»<sup>767</sup>. En lo que sigue me ocuparé del contexto funcional y del modelo coherentista del sistema jurídico como criterio de elección del significado de las disposiciones constitucionales.

#### **4.1. El contexto funcional como elemento de la interpretación de la Constitución**

Según Wróblewski hay tres contextos que son relevantes para la atribución de significado a las disposiciones de la Constitución: lingüístico, sistémico y funcional<sup>768</sup>. Ya me he ocupado del lingüístico, si bien no me he servido de las ideas de este autor. Sin embargo, utilizaré los otros dos contextos, aunque utilizaré más el funcional. La teoría integral sigue las ideas de Wróblewski, aunque con ciertos matices. Por ejemplo, según este autor el criterio último para la atribución de significado a las disposiciones jurídicas es el contexto funcional. En efecto, ha señalado que «[e]l contexto funcional es el tercero de los contextos relevantes para el significado de las [disposiciones constitucionales]»<sup>769</sup>, la teoría integral en cambio entiende que el criterio último para la atribución de significado a las disposiciones jurídicas es el contexto sistémico, pues el contexto funcional opera (como se detallará) antes que el contexto sistémico.

Pero ¿qué se entiende por contexto funcional?. Siguiendo de nuevo a este autor, «[l]a concepción del contexto funcional implica una idea general sobre el Derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del Derecho. El Derecho se crea, aplica y

---

<sup>767</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 100.

<sup>768</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 42.

<sup>769</sup> Ídem, p. 45.

funciona en el contexto de diferentes hechos sociopsíquicos, incluidas las normas y valoraciones extra-legales, diferentes tipos de relaciones sociales y otros factores condicionantes del Derecho (por ejemplo, economía, política, cultura general)»<sup>770</sup>. En pocas palabras, el contexto funcional alude a la atribución de significado a las disposiciones de la Constitución según los contextos de su uso<sup>771</sup>. De manera más específica se señala que la Constitución «como parte del sistema jurídico, existe en un contexto funcional cambiante y está relacionada especial y estrictamente con los caracteres esenciales de la sociedad global organizada en el Estado»<sup>772</sup>.

De este modo, la teoría integral entiende que una vez conocida el significado mínimo (los diversos significados) de la disposición constitucional el segundo paso de la actividad interpretativa de la Constitución consiste en determinar la norma constitucional o la norma-producto de esa disposición constitucional, pero esta vez «exclusiva y pragmáticamente en las concretas circunstancias de [su] uso»<sup>773</sup>, no cabe pues cualquier contexto. La apelación a la idea del contexto funcional estaría justificada en que «la referencia y la verdad no pueden adscribirse a las expresiones lingüísticas al margen de su uso. Fuera de contexto, las palabras no tienen referencia y las oraciones no tienen valor de verdad. El significado de una palabra son sus condiciones de uso»<sup>774</sup>. Dicho de otro modo, «son los actos de habla los portadores primarios del contenido: sólo en un contexto determinado una oración expresa un significado»<sup>775</sup>.

Con lo anterior, conviene recalcar que a lo que se presta especial atención en este estadio es a los contextos de la utilización de la disposición constitucional y no tanto al texto literal de las disposiciones jurídicas ni a las convenciones y reglas de uso generales de los integrantes de una comunidad lingüística determinada<sup>776</sup>. Y ello es así, porque la influencia del contexto funcional en el significado de las disposiciones de la Constitución es muy relevante, debido sobre todo a que contiene «un conjunto de factores que realmente determinan el significado de la [disposición constitucional] en el momento en que se hace uso, aplicación o análisis de

---

<sup>770</sup> Ibidem.

<sup>771</sup> MORESO, J.J., “Razones y significados en contexto”, *Revista de Libros*, Madrid: Núm. 112, 2006, p. 27.

<sup>772</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 56.

<sup>773</sup> ZACCARIA, G., “Límites y libertad de la interpretación”, cit., pp. 229 y 230.

<sup>774</sup> MORESO, J.J., “Razones y significados en contexto”, cit., p. 27.

<sup>775</sup> Ibidem.

<sup>776</sup> ZACCARIA, G., “Límites y libertad de la interpretación”, cit., p. 230.

ella»<sup>777</sup>. Dicho de otro modo, el criterio del contexto funcional es muy importante porque «[c]ontiene todos los factores relacionados con la creación, aplicación y funcionamiento del Derecho»<sup>778</sup>. A una conclusión similar llega Holmes cuando señala que «es verdad que, en teoría, cualquier documento que pretenda ser serio y tener algún efecto jurídico tiene un significado y no otro, porque el objeto conocido es lograr algún resultado definitivo. [Sin embargo], no es verdad que en la práctica (y sé que no hay razón por la cual la teoría debería estar en desacuerdo con los hechos) una determinada palabra o incluso una colocación determinada de las palabras tiene un significado y no otro. Una palabra generalmente tiene varios significados, incluso en el diccionario. Tienes que considerar [el contexto] en que se encuentra para decidir cuál de esos significados se da en el caso particular, y muy probablemente verás que tiene un matiz de significado más refinado que el de cualquier que figura en el vocabulario»<sup>779</sup>. También Zagrebelsky cuando señala que el significado de las disposiciones de la Constitución «depende del contexto cultural del que forman parte»<sup>780</sup>.

Ahora bien, si «es el contexto funcional el que más dudas interpretativas suscita y el que más influye en las decisiones interpretativas»<sup>781</sup> parece aconsejable que las disposiciones de la Constitución —y de manera más concreta, el significado mínimo de las disposiciones constitucionales— sean relacionadas con el contexto funcional, es decir, tengan en cuenta las concretas circunstancias de su aplicación. Ello debe ocurrir en todos los supuestos, porque según se ha afirmado «incluso en los casos lingüísticamente claros, podrían surgir dudas por la influencia de los contextos [funcionales]»<sup>782</sup>. El ejemplo de Guastini referido a la prohibición del depósito de una propuesta de referéndum en el año anterior al fin del ejercicio legislativo es muy ilustrativo. ¿Se debe entender que la propuesta de referéndum no puede ser depositada en el año calendario anterior al fin del ejercicio legislativo, o más bien, se debe entender que la propuesta de referéndum no puede ser depositada dentro de los 365 días anteriores al fin del ejercicio legislativo?<sup>783</sup>. Y con mayor razón ocurre esto en los demás casos cuya eventual controversia guarda relación con las disposiciones de la

---

<sup>777</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 46.

<sup>778</sup> Ídem, p. 45.

<sup>779</sup> HOLMES, O.W., “The Theory of Legal Interpretation”, *Harvard Law Review*, Vol. 12, Núm. 6, 1898-1899, p. 417.

<sup>780</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., p. 124.

<sup>781</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 109.

<sup>782</sup> Ídem, p. 42.

<sup>783</sup> GUASTINI, R., *Nuevos estudios sobre la interpretación*, cit., p. 82.

Constitución que se refieren a la dignidad humana, igualdad, justicia, libertad de expresión, la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, etc. En todos estos supuestos, «[p]arece que el papel del contexto funcional y, especialmente, el de sus componentes [políticos, jurídicos, etc.] es muy fuerte»<sup>784</sup>.

Ahora bien, el uso del criterio funcional en la actividad interpretativa de la Constitución produce una suerte de dependencia del significado de las disposiciones de la Constitución respecto al contexto funcional y que puede quedar expresada básicamente en dos directivas interpretativas. La primera directiva sostiene que «[s]in razones suficientes no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos términos tienen en el lenguaje común»<sup>785</sup>, es decir, que si pese a la contextualización del significado de las disposiciones constitucionales no existen razones que lo justifiquen, no se debería atribuir un significado especial al significado mínimo de las disposiciones de la Constitución. Y de otro lado, la segunda directiva señala que «[a] una regla legal se le debería atribuir un significado acorde con los objetivos que esta regla debe alcanzar según las valoraciones del intérprete»<sup>786</sup>; es decir, que el juez constitucional según la preferencia o la opción interpretativa elegida debe procurar obtener la mejor luz de las disposiciones constitucionales.

#### **4.2. El modelo coherentista de sistema jurídico y la interpretación de la Constitución**

En líneas generales, la noción de sistema jurídico alude a un conjunto de normas jurídicas. Una de las tesis más influyentes sobre el sistema jurídico es sin duda la propuesta por Kelsen. Según este autor «[t]odas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden»<sup>787</sup>. Agrega este autor que «[é]sta norma fundante es la que constituye la

---

<sup>784</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 109.

<sup>785</sup> Ídem, p. 47.

<sup>786</sup> Ídem, p. 51.

<sup>787</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 202.

unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden»<sup>788</sup>.

Con base en ello, se ha dicho que la tesis de Kelsen gira en torno a dos aspectos centrales: «la construcción gradual o jerárquica del orden jurídico y la norma fundamental entendida como fundamento último de la unidad y de la validez del conjunto de las normas del sistema»<sup>789</sup>. En cuanto a lo primero, su idea de sistema jurídico se asemeja a una pirámide compuesta por una serie de escalones sucesivos: Así, en primer lugar, sitúa a la norma (hipotética) fundamental (ubicada en el vértice de la pirámide que otorga validez a todo el orden jurídico). En segundo lugar, a la Constitución encargada de señalar la «norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales»<sup>790</sup>. En tercer lugar, a las leyes (que incluye los reglamentos). En último lugar, a las normas individuales (que incluye las sentencias judiciales, actos administrativos y actos jurídicos). En cuanto a lo segundo, la norma hipotética fundamental es «una norma formal, y consta únicamente de un principio de delegación que confiere autoridad al poder político para que éste integre las normas no fundamentales mediante los contenidos que su voluntad libremente elige»<sup>791</sup>. Por ello, se ha dicho que para Kelsen «un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma fundamental»<sup>792</sup>.

Sin embargo, este modo de concebir un sistema jurídico se expone a algunas objeciones. La principal de ellas está referida a que la norma fundamental es sólo una norma presupuesta, una norma hipotética, y por lo tanto, no es una norma positiva, sino una norma no-positiva, y como consecuencia de ello, se sostiene que es incapaz de ser el fundamento último de la unidad y de la validez de las normas del sistema jurídico. La norma hipotética fundamental «sería un límite efectivo si supusiera un condicionante empírico sobre el poder de decisión del legislador a la hora de dar contenido a sus normas; sin embargo, esta vinculación no

---

<sup>788</sup> *Ibidem*.

<sup>789</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 23 y 24.

<sup>790</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 232.

<sup>791</sup> PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 63.

<sup>792</sup> RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmerón, de la 2da. edición del original: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System (1980)*, México D.F.: IIJ-UNAM, 1986, p. 123.

existe porque la norma fundamental es una “pura forma”; es decir, un mero vacío normativo»<sup>793</sup>.

Esta vinculación, en cambio, si existe en la relación entre Constitución y ley. Y es que a diferencia de la norma fundamental, la Constitución sí es una norma positiva, es una norma puesta por algún acto de voluntad y regula sobre el órgano y el procedimiento de creación de las leyes y eventualmente también sobre el contenido de éstas. En efecto, la Constitución –según Kelsen– «determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimientos legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina –y ello con eficacia únicamente en sentido negativo– el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos»<sup>794</sup>. En concreto, es la Constitución y no la norma fundamental el fundamento último de la unidad y de la validez de las normas del sistema jurídico; por tanto, sólo a partir de esta consideración se puede afirmar realmente que «con la expresión “sistema jurídico” se hace referencia a un conjunto de normas que por alguna razón son calificadas como “jurídicas”»<sup>795</sup>.

La Constitución entendida –en sentido piramidal– como el fundamento último de la unidad y de la validez de las normas del sistema jurídico ocasiona, sin embargo, serias dificultades en el uso del criterio sistemático en la actividad interpretativa de la Constitución. Dicho, de otro modo, el uso del criterio sistemático –en sentido piramidal– puede tener operatividad (incluso) obligada si lo que se quiere es realizar la interpretación “desde” la Constitución; sin embargo, presenta serias complicaciones si lo que se quiere es realizar la interpretación “de” la Constitución. En efecto, se ha dicho que «la posición jerárquicamente privilegiada de los enunciados constitucionales impide la operatividad del criterio sistemático como límite, ante la ausencia de un marco normativo de referencia superior capaz de delimitar el sentido de las opciones interpretativas»<sup>796</sup>. Ahora bien, que existan dificultades para realizar la interpretación sistemática de las disposiciones de la Constitución no significa que no se pueda (o que sea imposible) realizar dicha actividad. La cuestión central para desvanecer ésta dificultad –en este nivel– consiste en complementar el concepto tradicional de sistema

---

<sup>793</sup> PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 67.

<sup>794</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 242.

<sup>795</sup> RODRÍGUEZ, J.L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: CEPC, 2002, p. 25.

<sup>796</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 449.



jurídico concebido bajo un esquema piramidal con un concepto de sistema jurídico entendido bajo un esquema coherentista<sup>797</sup>.

En efecto, conforme he señalado en la sección primera del Capítulo I en el sentido de que según la lógica del Estado constitucional y las notas que lo caracterizan la Constitución es la disposición superior (o suprema) del sistema jurídico carece de sentido hablar de la interpretación “de” la Constitución bajo un esquema piramidal, desde que es obvio de que no existe otra disposición de Derecho positivo superior a ésta, pues ésta (la Constitución) es la disposición suprema del orden jurídico. Sobre esta base, la teoría integral como teoría de la interpretación de la Constitución propone complementar la concepción piramidal del sistema jurídico con una concepción integral (o coherentista) del ordenamiento jurídico; es decir, complementar la tradicional imagen piramidal (o jerarquizada) del orden jurídico con una imagen “coherentista”<sup>798</sup> u “horizontal” del mismo<sup>799</sup>.

El modelo coherentista de sistema jurídico es una construcción teórica básicamente a partir de las ideas de Dworkin. En *Law’s Empire* (su obra más elaborada) el autor hace referencia varias oportunidades a la noción de sistema jurídico, pero no desarrolla un modelo concreto del mismo<sup>800</sup>; no obstante, se ha dicho que en tales planteamientos si existe «una idea de sistema jurídico, y que ésta posee la doble virtud de adecuarse con más precisión a las exigencias de la práctica jurídica y de abordar con mayor provecho los problemas tradicionalmente envueltos en el concepto de sistema»<sup>801</sup>. Bien ¿qué se entiende por modelo coherentista de sistema jurídico? La concepción coherentista se caracteriza por contemplar al sistema jurídico como «una *estructura en red* que acentúa las dimensiones de totalidad y solidaridad conjunta de sus elementos, lo que queda evidenciado desde su representación

---

<sup>797</sup> En sentido contrario parece entender Iturralde Sesma cuando señala que la concepción kelseniana sería la «más adecuada para dar cuenta de la relación existente entre los distintos elementos que conforman los ordenamientos jurídicos». Y es que a juicio de esta autora, la concepción kelseniana «no se refiere a ninguna propiedad formal (como la coherencia y la completitud), ni material (reducción a valores comunes), sino que es una relación propia de los ordenamientos jurídicos que se explica a través de la idea de “cadena de validez” y que remite en última instancia a la cuestión de la identidad de los sistemas jurídicos», ITURRALDE SESMA, V., “El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: BOE, N° XXIV, 2007, p. 361.

<sup>798</sup> PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 99 y ss.

<sup>799</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”, cit., p. 651.

<sup>800</sup> DWORKIN, R., *Law’s Empire*, cit., pp. 91 y ss.

<sup>801</sup> PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 22.

circular, espiral o envolvente»<sup>802</sup>. Es decir, según el esquema coherentista o integral del sistema jurídico las disposiciones de la Constitución conforman algo parecido a una red en la que todas ellas comparten relaciones de apoyo mutuo, o lo que es lo mismo, «todos los elementos actúan integrada y solidariamente, de forma que cualquiera de ellos puede ser invocado incluso lejos de su área normal de aplicación»<sup>803</sup>.

De todo lo anterior, se sigue que en el proceso de interpretación de las disposiciones de la Constitución «el punto de vista con el que ha de comprenderse e interpretarse el sistema en todas y cada una de sus aplicaciones es el de la totalidad, y [por tanto quedan] proscritas las interpretaciones segmentadoras del mismo»<sup>804</sup>. Es decir, según la propuesta del esquema integral de sistema jurídico ninguna disposición de la Constitución puede disfrutar de sentido de manera aislada, sino que requiere (en todos los casos) la remisión a la totalidad, o lo que es lo mismo, la actividad interpretativa de una disposición constitucional supone que ésta «ha de considerarse como parte de un todo más amplio»<sup>805</sup>. Evidentemente, asumir una postura como ésta implica concebir a la propia Constitución como *un* sistema jurídico y ya no sólo como un elemento del sistema jurídico como ocurre en el modelo piramidal de sistema jurídico, y ello es así, por la sencilla razón de que la remisión a la totalidad del sistema jurídico en la interpretación de las disposiciones de la Constitución depende de que «los elementos de esa totalidad reúnan una estructura, un orden, una organización, es decir, de que conformen un sistema»<sup>806</sup>. Así pues, según la teoría integral la propia Constitución es un sistema jurídico coherentista y cada una de las disposiciones constitucionales –como ya dije, son mínimamente determinadas– constituyen un elemento de ese sistema jurídico.

Ahora bien, conviene precisar que la idea de la remisión a la totalidad del sistema jurídico no supone (o no quiere decir) que el significado a elegir tiene que ser remitido a todas y cada una de las disposiciones de la Constitución (es decir, a la totalidad de la Constitución), bien entendidas las cosas, la expresión totalidad aquí está referida a que cualquiera de las disposiciones de la Constitución pueda ser invocada por el juez constitucional para realizar la actividad interpretativa o, para ser más preciso, las disposiciones constitucionales que se

---

<sup>802</sup> Ídem, p. 129.

<sup>803</sup> Ídem, p. 130.

<sup>804</sup> Ibidem.

<sup>805</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 43.

<sup>806</sup> PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 131.

consideren relevantes para la solución del caso concreto, por lo que puede ocurrir que determinadas disposiciones de la Constitución sean invocadas –como ya dije– incluso lejos de su área normal de aplicación.

Sobre la base de lo anterior, la teoría integral entiende que toda actividad interpretativa de la Constitución supone cuando menos la operatividad conjunta o simultánea de los criterios literal y sistemático<sup>807</sup>. En efecto, he dicho que el significado literal o significado mínimo (y con ello, el criterio literal) opera en todos los casos como la base de la interpretación de las disposiciones de la Constitución, y que por lo mismo, actúa siempre (o casi siempre) como un límite negativo para el juez constitucional. Una vez conectado el significado mínimo (que contiene varios significados posibles) con las circunstancias concretas de su aplicación (contexto funcional) se remite a la totalidad del sistema jurídico por la sencilla razón de que toda decisión interpretativa debe ser congruente con la idea del sistema jurídico al que ella pertenece. Lo que quiero decir, es que la actividad interpretativa de la Constitución no culmina (o mejor, no se agota) con la determinación del marco normativo de la disposición constitucional, sino que hace falta la elección de uno de los significados teniendo en cuenta el contexto funcional y el sistema jurídico al que él pertenece; y ello es así, porque el uso aislado del criterio literal de la disposición de la Constitución puede conducir también a la obtención de un significado opuesto al sistema jurídico del Estado constitucional.

En efecto, si lo que se maneja es una idea de interpretación de la Constitución que concibe sólo «la primacía del texto constituye este último el límite infranqueable de su actuación. Las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas»<sup>808</sup> y, en tal sentido, puede dar cobertura a contenidos normativos que resultan (incluso) contradictorios al sistema jurídico al que pertenece. Es esta la buena razón por la que se exige la relación con el contexto funcional y con el criterio sistemático que entiende el Derecho como sistema. En resumen, «[e]l conjunto al que pertenece [una disposición

---

<sup>807</sup> Esta consideración no excluye la relación entre estos métodos y los otros, pues, tal relación resulta inevitable. En efecto, este entrelazamiento se manifiesta «en la práctica, en parte como algo materialmente imprescindible, en parte como consecuencia de una fallida conciencia del método. Muchas veces está amalgamado confusamente el *aspecto histórico* con presuposiciones de índole genética y, llevado por la idea de “univocidad”, también con las teleológicas. Para la selección de entre una sistemática de los textos de la norma, requiere el “*tópos*” *sistemático* puntos de vista auxiliares y suplementarios que sólo pueden lograrse a través de la interpretación gramatical», MÜLLER, F., *Arbeitsmethoden Des Verfassungsrechts - Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, cit., p. 271.

<sup>808</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, cit., p. 71.

constitucional] es un sistema jurídico y, por tanto, los caracteres de este sistema se consideran relevantes para el significado de aquella»<sup>809</sup>.

Bajo esta perspectiva, si las disposiciones de la Constitución tienen una sede en común en las que unas están próximas respecto de otras, y que por tanto, forman parte de un sistema jurídico específico y, si por ello, no pueden ser interpretadas de manera aislada, sino que requieren de la relación con el contexto funcional y sobre todo la remisión a la totalidad del sistema jurídico, entonces es claro que «el criterio sistemático funciona como criterio guía y como criterio límite. En el primer sentido el sistema jurídico sirve de inspiración en la atribución del significado [a la disposición constitucional]; en el segundo el sistema sirve de límite de las opciones interpretativas posibles»<sup>810</sup>. Ahora bien, según se puede evidenciar, este modo de concebir la actividad interpretativa también presenta algunos problemas, y es que en ocasiones puede exigir el abandono (al menos parcialmente, pero nunca totalmente) del criterio literal y con ello del significado literal de la disposición constitucional. Esto es posible, porque según se afirma a una disposición constitucional se le debería atribuir un significado que le hiciera lo más coherente posible con otras disposiciones constitucionales pertenecientes al sistema jurídico (sentido positivo)<sup>811</sup>, y de modo similar, a una disposición constitucional no se debería atribuir un significado de tal manera que esta disposición fuera contradictoria con otras disposiciones constitucionales pertenecientes al sistema jurídico (sentido negativo)<sup>812</sup>.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el criterio sistemático, es decir, esto «no es posible en relación con el [criterio] sistemático. Éste, al menos en su dimensión de límite de opciones interpretativas presumiblemente válidas, estará siempre presente»<sup>813</sup>. Con todo, se puede sostener que la actuación conjunta del criterio literal, el contexto funcional y la idea del Derecho como sistema jurídico da lugar a la existencia de dos marcos jurídicos que operan en el plano de la validez de las decisiones interpretativas del juez constitucional. El primero está referido al *marco normativo* de toda disposición constitucional que como dije excluye todo significado que se enfrente con el significado mínimo de la disposición constitucional e

---

<sup>809</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 54.

<sup>810</sup> ASÍS ROIG, R. de., “La interpretación y aplicación del Derecho”, cit., p. 236.

<sup>811</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 49.

<sup>812</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 48 y 49.

<sup>813</sup> ASÍS ROIG, R. de., “La interpretación y aplicación del Derecho”, cit., p. 237.

incluye todo significado que respete ese significado mínimo, mientras que el segundo está referido al *marco general* que excluye todo aquel significado que sea incongruente con el contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico al que pertenece e incluye todo significado que sea congruente con ese modelo de sistema jurídico.

El modelo integral de sistema jurídico he dicho exige «una coherencia o concordancia entre todos sus elementos, lo que puede obligar a revisiones y reinterpretaciones profundas de los mismos. Cualquier información, dato o evaluación posible será una contribución positiva a la coherencia del sistema, de modo que éste, lejos de cerrarse a todo contacto externo, está *potencialmente abierto*, y se irradia hacia afuera. Y, si el sistema es potencialmente abierto, es muy evidente que carece de elementos que desempeñen el papel de algoritmos o de criterios fijos de delimitación»<sup>814</sup>. Lo que quiero decir con esto es que el hecho de adoptar el modelo coherentista no supone que el proceso interpretativo necesariamente ha de caer en un círculo vicioso en el que dos elementos se remiten uno al otro en un eterno proceso de recurrencia, sino que el carácter abierto del sistema precisamente rompe con esa imagen de circularidad viciosa o recurrencia infecunda<sup>815</sup>. Así, se ha señalado que «si los elementos de una serie se remiten entre sí sin que nos aporten un convencimiento completo sobre su justificación, el coherentista aprovechará el carácter abierto del sistema para incorporar nuevos elementos que apoyen y soporten los elementos anteriores, y cierren una imagen de equilibrio y de coherencia que los justifique»<sup>816</sup>.

Ahora bien ¿qué ocurre si existe una diferencia de significado entre el contexto funcional y el criterio sistemático? A diferencia de lo que señala Wróblewski en el sentido de que cuando se da una diferencia entre el significado funcional y el significado sistémico, el funcional desplaza al sistémico<sup>817</sup>, la teoría integral entiende que la influencia del criterio sistemático desplaza la relevancia del contexto funcional, y ello es así, porque como ya se ha afirmado «entre las diferentes opciones interpretativas hay que descartar aquellas que se muestran contradictorias con el sistema jurídico, al menos si se pretende lograr una interpretación que sea presumiblemente válida»<sup>818</sup>. Naturalmente, se trata de una actividad

---

<sup>814</sup> PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 133.

<sup>815</sup> *Ibidem*.

<sup>816</sup> *Ídem*, pp. 133 y 134.

<sup>817</sup> WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 43.

<sup>818</sup> ASÍS ROIG, R. de., “La interpretación y aplicación del Derecho”, cit., p. 238.

«en la cual juega un rol determinante la inventiva del intérprete: su habilidad para combinar de forma creativa directivas hermenéuticas, materiales jurídicos, datos de la experiencia, compromisos ideológicos». Y el resultado de esta actividad supone «[la producción de] nuevos significados, más amplios y/o más restringidos, y, [que son por lo general], distintos respecto a los que hasta ese momento eran reconocidos o reconocibles»<sup>819</sup>, lo que permite que exista un abanico de posibilidades para la elección de uno de ellos por el intérprete.

## **5. La discrecionalidad relativa del juez constitucional**

He dicho que la actividad interpretativa de las disposiciones de la Constitución es (siempre) una actividad que comporta la combinación de procesos cognitivos y volitivos a la vez, aunque finalmente es una actividad (predominantemente) volitiva. En efecto, es posible afirmar –siguiendo a Ross– que si bien el camino de la interpretación de las disposiciones constitucionales resulta preparado por procesos cognoscitivos (al conocer, por ejemplo, el contenido normativo de las disposiciones de la Constitución, los hechos, etc.), sin embargo, la decisión interpretativa (la atribución de significado a la disposición constitucional) es por naturaleza un acto decisorio (es decir, es un acto de la voluntad)<sup>820</sup>. En el mismo sentido, Prieto Sanchís señala que todo fallo irremediablemente es de “naturaleza decisional”<sup>821</sup>. De este modo, la teoría integral entiende que la atribución de significado a las disposiciones de la Constitución es una cuestión que en definitiva depende de las preferencias valorativas del juez que tiene que optar por uno de los varios significados constitucionalmente posibles, por tanto, según esta teoría el juez constitucional ejerce discrecionalidad, es decir, el juez crea Derecho. Sin embargo, y a la luz de los planteamientos antes expuestos no se trata de una discrecionalidad en sentido fuerte (es decir, absoluta), sino de una discrecionalidad sólo relativa (es decir, limitada). Es pues una discrecionalidad sólo relativa en la medida en que se encuentra limitada básicamente por el significado mínimo de las disposiciones de la Constitución y el modelo coherentista del sistema jurídico.

---

<sup>819</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica*, cit., p. 163, las dos citas.

<sup>820</sup> ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., p. 172. Agrega este autor «[s]i en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica a considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo “justo” o lo “socialmente deseable”, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales. Si los postulados jurídico-político-morales de su conciencia jurídica hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría podido también, mediante una argumentación adecuada, hallar la vía para una mejor solución», Ídem, p. 175.

<sup>821</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 12.

Ahora bien, cabe precisar que la discrecionalidad relativa es distinta de la discrecionalidad en sentido débil que propone Dworkin. En efecto, si bien la discrecionalidad en sentido débil señala la existencia de algún tipo de discernimiento del juez constitucional en la interpretación de la Constitución<sup>822</sup>, sin embargo, admite que el juez no crea Derecho, sólo lo descubre. La teoría integral, en cambio, señala que el juez constitucional crea Derecho aunque es verdad sólo de manera relativa, por tanto, toda decisión interpretativa del juez es una decisión relativamente discrecional. Con esto, la teoría integral en todo caso se acerca más a la idea de Hart cuando señala que al interpretar la Constitución el juez no está limitado a la alternativa entre la elección ciega y libre del Derecho y la deducción mecánica del mismo, sino que también existe una elección orientada a la interpretación razonable del Derecho<sup>823</sup> o, también a la teoría alternativa que sostiene que «la interpretación es *siempre* el resultado de una decisión *nunca* absolutamente discrecional»<sup>824</sup>.

En términos concretos, la teoría integral no niega la discrecionalidad del juez ni acepta la discrecionalidad absoluta, es decir, según esta teoría el juez constitucional no es un mero aplicador mecánico del Derecho, pero tampoco es un libre creador del mismo, él es (siempre) un creador del Derecho, pero eso sí limitado (relativo); se le reconoce un cierto espacio de discrecionalidad. A esta conclusión parecer arribar Segura Ortega cuando señala que «desde un punto de vista cualitativo, es irrelevante que la discrecionalidad sea mayor o menor dependiendo de los casos; lo verdaderamente importante es que el sujeto que decide [el juez constitucional] lo hace siempre dentro de un cierto margen de libertad»<sup>825</sup>, es decir, bajo una discrecionalidad relativa.

Si el juez constitucional goza de un cierto espacio de libertad para crear Derecho, merece realizar la siguiente pregunta ¿en base a qué razones el juez constitucional crea Derecho?. En el marco del Estado constitucional y en las notas que lo caracterizan el juez llamado a realizar la valoración al momento de interpretar la Constitución debe remitirse en primer lugar y en todo momento a la totalidad de la Constitución (que como dije acoge un modelo coherentista del sistema jurídico) y en ésta en definitiva debe remitirse a la parte de la

---

<sup>822</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 84.

<sup>823</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 252.

<sup>824</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 409.

<sup>825</sup> SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2003, p. 112.

dimensión ética sustantiva<sup>826</sup>, pues es ésta la parte en la que están puestos o positivizados sin duda alguna los valores, principios y derechos<sup>827</sup> que como he expresado son mínimamente determinados, y por tanto, tienen un significado mínimo que se reclama vinculante. A una conclusión similar arriba Hart cuando en sus últimos estudios refiriéndose a la Constitución de los Estados Unidos señala «el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales»<sup>828</sup>. Si lo anterior no fuera suficiente y dando por hecho que los jueces tienen intereses, ideologías y proyectos diferentes que pueden influir en la toma de sus decisiones interpretativas<sup>829</sup>, más allá de lo que pueda significar el principio de imparcialidad judicial, el juez realiza el juicio de valor que puede estar determinado por sus creencias morales<sup>830</sup> o por consideraciones de oportunidad o de justicia<sup>831</sup>, pero eso sí –y esto es importante– incluso en este estadio el juez constitucional está en la obligación de remitirse a la totalidad del sistema jurídico, es decir, a la totalidad de la Constitución.

Por lo demás, se ha señalado que «por graves que fuesen las dificultades para determinar el significado y alcance concreto» de las disposiciones de la Constitución, la atribución del significado no es una labor «en la que el juez pueda moverse con absoluta libertad»; pues los enunciados constitucionales «no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura»<sup>832</sup> a cualquier decisión o, de los que se puedan extraer un número infinito de significados, sino que sólo serán admisibles aquellos significados que sean congruentes con el sentido literal del precepto jurídico y el modelo coherentista del sistema jurídico. La idea de sistema no permite que en su desarrollo se dicte cualquier contenido normativo, sino sólo aquellos que se encuentren dentro de él<sup>833</sup>. Naturalmente, el juez constitucional puede acoger entre los diversos significados del texto uno evolutivo que

---

<sup>826</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 144.

<sup>827</sup> Ídem, p. 143.

<sup>828</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, cit., p. 22.

<sup>829</sup> POSNER, R.A., *Cómo deciden los jueces*, trad. de V. Roca Pérez, del original: *How Judges Think* (2008), Madrid: Marcial Pons, 2011.

<sup>830</sup> COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho*, cit., p. 69.

<sup>831</sup> LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 143.

<sup>832</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 123 y 124.

<sup>833</sup> De modo similar señala Cuenca Gómez que «[l]os significados que el marco excluye son aquellos que se enfrentan con el lenguaje de las normas y con la idea de sistema», CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 416.



responda a las nuevas exigencias de la sociedad, pero siempre que sea perteneciente al sistema. Por tanto, allí donde caben diferentes opciones interpretativas, no hay motivo para optar por uno que sea opuesto a la idea del Derecho como sistema, sino más bien, por uno que sea conforme a él. Desde luego, la opción por la que se opte «no es algo que pueda plantearse de antemano y con carácter abstracto», sino que «habrá que estar a los contenidos concretos del sistema jurídico que esté bajo análisis, y sobre todo, prestando atención a la realidad institucional que lo rodea»<sup>834</sup>.

## **6. La respuesta posiblemente más correcta del juez constitucional**

La teoría integral que proclama la discrecionalidad relativa del juez constitucional niega la tesis de la existencia de la única respuesta correcta para todos los casos, y más bien aboga por la idea de que existe la respuesta posiblemente más correcta o mejor respuesta posible. Analizaré brevemente en qué consiste la única respuesta correcta y si existen criterios para hallarla y luego me ocuparé de la respuesta posiblemente más correcta. Como ya expresé, Kelsen calificó de ilusoria la tesis de la tradición jurídica de defender la posibilidad de la obtención de la única respuesta correcta. A su modo de ver, por ejemplo, la interpretación de la Constitución no tiene por qué desembocar en una única decisión, como si sólo ella fuese la respuesta correcta, sino en varias decisiones, las cuales tienen el mismo valor<sup>835</sup>. En cambio, según Dworkin sí existe una única decisión y esta además es correcta, y es que según este autor aún cuando no haya norma aplicable al caso, es deber del juez descubrir el derecho de las partes<sup>836</sup>. ¿Cómo se encuentra la única respuesta correcta?. Para hallar la única respuesta correcta es necesaria la existencia de algunos criterios que permitan decidir de manera objetiva cuál de las teorías que compiten como instancias de justificación del Derecho es la mejor<sup>837</sup>.

Sin embargo, la teoría dworkiniana no ofrece estos criterios, la dimensión de adecuación y la dimensión de justificación a las que me referí en la sección primera del Capítulo II no garantizan la obtención de la única respuesta correcta. En efecto, por ejemplo, Alexy desde

---

<sup>834</sup> ESCUDERO ALDAY, R., "Metodología jurídica y conceptos morales: una propuesta de análisis", en COURTIS, C. (ed.), *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, 2006, p. 102, las dos citas.

<sup>835</sup> Kelsen, H., *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

<sup>836</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 146.

<sup>837</sup> RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, cit., p. 193.

muy temprano señaló que «en la realidad no existe ningún procedimiento que permita con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta»<sup>838</sup>. O desde otra perspectiva, «la moralidad política a la que se recurre en este contexto, basada en los derechos como triunfos y en la idea de igualdad, aporta puntos de vista relevantes a la hora de alcanzar o calificar unas decisiones como más correctas que otras, pero no proporciona parámetros concluyentes que permitan adoptar o considerar una decisión como la única correcta»<sup>839</sup>.

De este modo, la concepción dworkiniana sería tan sólo una teoría relativa o débil (y no una teoría total o fuerte) en el sentido de que si bien proporciona los criterios de corrección, sin embargo, no resuelve completamente el problema de la obtención<sup>840</sup>. Esto último guarda relación con la modulación de esta tesis por el propio Dworkin. En efecto, este autor en sus últimos estudios ha señalado que «su propuesta sobre las respuestas correctas en los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común»<sup>841</sup>, por lo que cuando habla de la única respuesta correcta, lo hace en algún sentido ordinario y no como si existieran «respuestas *realmente* correctas, respuestas correctas *realmente reales*, respuestas correctas *ahí fuera* o alguna otra cosa situada en algún peldaño superior de la escalera de la inflación verbal»<sup>842</sup>.

Por lo anterior, es claro que una teoría de la interpretación de la Constitución no puede ignorar el análisis de la corrección de las decisiones interpretativas pues al lado del proceso de adopción de las opciones interpretativas aparece la cuestión de la corrección de las mismas. Dicho de otro modo, la teoría integral de interpretación de la Constitución que asume la existencia de la respuesta posiblemente más correcta o mejor respuesta posible debe responder al menos qué es lo que se entiende (o qué es lo que se debería entender) por la respuesta posiblemente más correcta, cuál es el procedimiento para llegar a la misma y cuál es la mejor teoría para justificarla. Sin embargo, por muy interesante que resulte el

---

<sup>838</sup> ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., p. 151. Conviene anotar, sin embargo, que este autor no renuncia a la idea de la única respuesta correcta, sino que lo precisa como “una decisión racionalmente fundamentada”, Ídem, p. 149.

<sup>839</sup> CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 365.

<sup>840</sup> ASÍS ROIG, R. de., *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 134.

<sup>841</sup> DWORKIN, R., *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias Vila y I. Ortiz de Urbina Gimeno, del original: *Justice in Robes* (2006), Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 52.

<sup>842</sup> Ídem, p. 53.

análisis de estas categorías no me detendré al estudio de las mismas por cuanto escapa a los límites de esta investigación. Sólo me limitaré a explicar o describir la existencia de una respuesta posiblemente más correcta que otras en la solución de todos los casos. Se trata de una propuesta que guarda alguna relación con la tesis de Hart que señala que si bien «no se puede *demonstrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección»<sup>843</sup>.

Bien, según la teoría integral en la actividad interpretativa de la Constitución existen por lo general varios significados constitucionalmente posibles, de ahí que a lo más que se puede aspirar es a la obtención de la respuesta posiblemente más correcta. Dicho de otro modo, si bien la teoría integral entiende que la construcción del significado final de las disposiciones constitucionales tiene como base uno de los significados que provee el marco normativo de las disposiciones de la Constitución; sin embargo, la contextualización de ese significado (es decir, las exigencias particulares de su uso) y la remisión al modelo coherentista de sistema jurídico en lugar de reducir la pluralidad de significados de las disposiciones de la Constitución genera una plurivocidad de significados de las mismas<sup>844</sup>, de las que el juez constitucional tiene que escoger sólo una de ellas.

En ese sentido, el proceso interpretativo que propone la teoría integral no conduce a la obtención de la ilusoria una única respuesta correcta, sino a la obtención en todos los casos de la respuesta posiblemente más correcta o mejor respuesta posible. Dicho de otro modo, la solución interpretativa por la que se opte no puede ser calificada de la única respuesta correcta, aunque en el Derecho llegue a adquirir ese papel<sup>845</sup>, sino como la respuesta posiblemente más correcta y que será la que producirá efectos en el ordenamiento jurídico. Todo lo dicho, sin embargo, no quita que esta respuesta posiblemente más correcta precisamente por su elección sea considerada como la más “importante” que las demás. De este modo, la teoría integral se aleja de la idea kelseniana que sostiene que todos los

---

<sup>843</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 253.

<sup>844</sup> ZACCARIA, G., “Límites y libertad de la interpretación”, cit., p. 231. A juicio de este autor, el contextualismo llevado hasta sus últimas consecuencias ocasiona una presencia infinita de significados imposible de limitar. En efecto, señala que «[d]ado que los contextos son infinitos, la *plurivocidad* de los signos precipita en una deriva vertiginosa e imparable, sin frenos ni confines», *Ibidem*.

<sup>845</sup> ASÍS ROIG, R. de., “La interpretación y aplicación del Derecho”, cit., p. 231.

significados de la disposición constitucional tienen el mismo valor, aunque sólo uno de ellos se convierte en Derecho positivo a través de la decisión judicial<sup>846</sup>.

## 7. Reflexiones finales

El Estado constitucional de nuestros días es un Estado de jueces constitucionales. Son los jueces quienes deciden en última instancia el contenido definitivo de las disposiciones de la Constitución. Ahora, sí es verdad que el Estado constitucional actual le ha encomendado a los jueces constitucionales la tarea de completar el contenido de los valores y principios fundamentales de la sociedad expresadas en las disposiciones constitucionales, entonces también es verdad que subyacen algunos límites en la actuación de los jueces al momento de decidir los casos constitucionales y no gocen de una libertad absoluta y se conviertan en dictadores autocráticos como se ha visto que algunas teorías lo proclaman<sup>847</sup>. El límite de la actividad de los jueces es (sería) la propia Constitución. Si el juez atribuye significado a la disposición constitucional ejerciendo absoluta discrecionalidad, esto es, sin tener en cuenta el significado mínimo, el contexto funcional y el modelo coherente del sistema jurídico, a diferencia de lo que aquí se propone se estaría optando por un proceso interpretativo poco certero.

Es verdad que la interpretación de la Constitución requiere en definitiva de una toma de decisión (o de voluntad), pero también reclama un núcleo de normatividad. La negación de la normatividad (aunque sea mínima) llevada a sus últimas consecuencias nos situaría en el ámbito del decisionismo, es decir, «en aquélla concepción que ve todo el Derecho como fruto de decisiones individuales ad hoc, súbitas e imprevisibles, no gobernadas por pauta previa alguna y emitida por quien tiene el poder, que es así el artífice único e ilimitado del Derecho»<sup>848</sup>. La teoría integral, en cambio, ofrece una formulación plural en la medida que compromete a ese algo que es objeto de la interpretación de la Constitución (la disposición constitucional) y lo conecta con el contexto funcional y el modelo coherente del sistema jurídico. Con esto, la teoría integral lograría conciliar las dos necesidades básicas (aunque

---

<sup>846</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 352.

<sup>847</sup> La expresión “dictadores autocráticos” corresponde a Bellamy, R., *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, trad. de J. Urdániz Ganuza y S. Gallego Aldez, del original: *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (2007), Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 18.

<sup>848</sup> Laporta, F.J., *El imperio de la ley*, cit., p. 107.

aparentemente contradictorias) de la vida de toda Constitución, la necesidad de estabilidad que no hace aconsejable una reforma excesivamente frecuente y la necesidad de adaptación a las inevitables transformaciones de la sociedad<sup>849</sup>.

Llegado hasta aquí, se habrá podido evidenciar que la defensa de la teoría integral de la interpretación de la Constitución supone afirmar también la defensa de la existencia de ciertos límites jurídicos a las decisiones interpretativas del juez constitucional en su labor de interpretación de la Constitución. En efecto, los postulados de la teoría integral sobre todo los que se refieren a la existencia de un *marco normativo* que alude al significado mínimo de toda disposición constitucional y de un *marco general* que alude al contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico constituyen verdaderos límites jurídicos a las decisiones interpretativas del juez constitucional. Sin embargo, el análisis exhaustivo de estas categorías, es decir, el análisis de los límites jurídicos, los límites institucionales (límites de validez) y la corrección de las decisiones interpretativas (límites de corrección) sin duda puede ser una tarea muy interesante de desarrollar, pero escapa a los fines de esta investigación. No obstante, esto último si será materia de análisis en la continuación de la presente investigación.

---

<sup>849</sup> ESPÍN TEMPLADO, E., *Lecciones de Derecho Político*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 97.



## CONCLUSIONES

1. Lo que hoy se entiende por Constitución es el resultado de un largo proceso evolutivo que abarca desde la Edad Antigua hasta la actualidad si bien en cada una de estas etapas presenta una connotación distinta. Así por ejemplo, en el constitucionalismo antiguo con el término Constitución se hacía referencia única y exclusivamente a los aspectos institucionales y sociales de una determinada comunidad política; el aspecto normativo, es decir, la idea de la Constitución como norma jurídica se encuentra totalmente ausente. La Constitución medieval se caracteriza por la intrínseca limitación de los poderes, pero aun con ello no se puede hablar todavía de una Constitución normativa, sino de una noción de Constitución con “pretensión” de normatividad. Será en los principios de la Edad Moderna en que aparece, en parte, la noción actual de Constitución, esto es, entendida como aquélla que se proyecta sobre un Estado y la aspiración de ser una Constitución escrita. El *Instrument of government* de 1653 de Cromwell ejercerá influencia en el constitucionalismo norteamericano a través del *Frame of government* de 1682 de Pensilvania. Pero en Inglaterra la *Bill of Rights* de 1689 y otras instituciones y costumbres darán lugar a la Constitución inglesa que no llegará a ser una Constitución escrita, sino que es una Constitución *no-escrita*, pero no por ello *no-normativa*, pues a partir de esta fecha la Constitución inglesa es considerada como vinculante. Todo lo contrario ocurre en Estados Unidos en el que la Constitución es escrita y normativa, cuyo punto culminante es la Constitución de los Estados Unidos (1787). En los inicios de la Edad Contemporánea, salvo Inglaterra y Estados Unidos, en la Europa continental y los sistemas influenciados, la Constitución es predominante escrita pero sólo de carácter político. Será hasta después de la Segunda Guerra Mundial que la Constitución deja de ser exclusivamente un documento político y se convierte en un documento normativo. La Constitución de nuestros días es una Constitución predominantemente escrita que además de su dimensión política tiene una prevalente dimensión normativa.
2. En el Estado legal de Derecho la principal fuente jurídica es la ley. Dado que el Estado de Derecho se caracteriza por la sujeción del Estado a la ley que es el Derecho creado

por él mismo –contrario a lo que ocurría en la monarquía absoluta donde el monarca era *legibus solutus*– se le denomina también Estado Legal de Derecho o Estado Legislativo. Ahora bien, existen dos modelos de Estado de Derecho: uno *formal* en el que sus fines y objetivos carecen de contenidos materiales, y otro *material* en el que el poder del Estado se somete a determinados contenidos materiales (derechos, principios, etc.). Las exigencias básicas de todo Estado de Derecho material serían: i) el imperio de la ley como expresión de la “voluntad general”; esto es, ley democráticamente producida, ii) la división de poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, iii) la legalidad y el control judicial de la actuación de la administración pública; y, iv) la incorporación y garantía real de cumplimiento de los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales).

3. El Estado constitucional es el modelo más acabado de la evolución del Estado y que despliega sus efectos en los Estados de los tiempos actuales. En este modelo de Estado, la Constitución adquiere la categoría de norma jurídica lo que implica que todas las disposiciones de la Constitución se convierten en vinculantes u obligatorias para todos los poderes y para todo el ordenamiento jurídico. La caracterización de la Constitución como norma jurídica supone –al mismo tiempo– una modificación sustancial en uno de los rasgos definidores del orden jurídico de un Estado, esto es, en la fuente del Derecho de un Estado, la ley. A partir de entonces, la ley se somete a una relación de adecuación y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución. Las características básicas del Estado constitucional son: i) la idea de la Constitución como norma, ii) la alteración del sistema de fuentes, iii) la “rematerialización” de los contenidos materiales de la Constitución, y iv) la alteración de la división de poderes. El Estado constitucional no es una mera evolución del Estado de Derecho, supone un cambio “trascendental”, una transformación “sustancial” o si se quiere una alteración “capital” que se refleja en el modo de entender la Constitución y en el modo de entender el Derecho del Estado.
4. El sistema constitucional norteamericano desde muy temprano resolvió la defensa de la Constitución a favor de los jueces, a través de un procedimiento difuso en el que la Corte



Suprema actúa en última instancia. En la Europa continental existieron algunas manifestaciones del control jurisdiccional de la Constitución como la propuesta por Sieyès (1789) o la defendida por el Tribunal Supremo del Reich (1925), este último de tipo “difuso” similar al norteamericano. En este contexto aparece un debate bastante conocido iniciada por Schmitt frente a la postura de Kelsen. Para Schmitt ni el Tribunal de Justicia ni el Parlamento pueden ser defensores de la Constitución: el primero, porque en última instancia llegan a conclusiones que no se deriva de la norma, y el segundo, porque tienen un alto componente político. En su lugar propone que el único defensor de la Constitución debe ser el Presidente del Reich que tiene neutralidad e independencia. Kelsen que había instaurado la presencia de un Tribunal Constitucional en la Constitución austriaca de 1920 y sobre el que se dirigen las críticas de Schmitt replicará que el Presidente del Reich no es menos independiente ni neutral que la Justicia, pues su elección está sujeto a presiones políticas. Para Kelsen, la función de defensa de la Constitución únicamente la puede realizar el Tribunal Constitucional. Este último modelo prevalecerá en la Europa continental y los sistemas influenciados.

5. El argumento de la objeción democrática o del carácter no-democrático de la justicia constitucional sólo tiene lugar en los sistemas constitucionales en los que el control jurisdiccional de la constitucionalidad, concretamente, la declaración de invalidez de la ley –sea a través del modelo difuso o concentrado– le está confiada a un órgano constitucional integrado por jueces no elegidos, por sufragio universal. De este modo, el elemento clave para desvirtuar el argumento está en modular la concepción tradicional de la democracia (entendida como la regla de la mayoría). Así, lo que subyace de esta idea es que el Estado constitucional presupone una forma de entender la democracia en el que el gobierno del pueblo se manifiesta no sólo por medio de los representantes directamente elegidos sino también a través de otros órganos no elegidos por sufragio universal. Más concretamente que el Derecho en su totalidad no sólo es producido por el pueblo o por los representantes del pueblo sino que también es producido en parte a través de otros órganos de carácter “no representativo” como son los tribunales constitucionales o las cortes supremas. La participación de los jueces constitucionales en el gobierno del pueblo tiene un elemento aristocrático (gobierno de pocos), pues están

compuestos por un número mínimo de miembros y no tienen carácter representativo. Además puede ser calificado de autocrático dado que en la formación del Derecho no interviene el pueblo que es su principal destinatario.

6. El objeto de la interpretación de la Constitución está referido al texto constitucional, a la intención de los padres constituyentes y a los valores morales, etc., sea conjunta o separadamente. La elección del “texto constitucional” frente a la intención o voluntad de los padres constituyentes resulta más conveniente debido a la imposibilidad de la determinación práctica de la *original intent*. La interpretación de la Constitución no supone por tanto la búsqueda de la voluntad, la intención o el pensamiento querido o deseado por los padres constituyentes, sino la atribución de un significado imputable o derivado del “texto” de la Constitución misma. Y dentro de este es más conveniente el del textualismo moderado en la medida que entiende que el significado del texto original debe ser considerarlo como punto de partida, pero sin excluir una reflexión contemporánea de las instituciones constitucionales. Y entre el texto y la dimensión ética sustantiva, hay que decir que la positivización de la dimensión ética sustantiva en la Constitución supone que la interpretación e identificación del contenido de las disposiciones de la Constitución y su aplicación a casos concretos requiere, en algunas ocasiones, el recurso directo a consideraciones y argumentaciones morales sustantivas.
7. Las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser genéricas y/o abiertas. No obstante, se trata de una caracterización flexible y “no uniforme” en la medida en que hay también en las constituciones una variedad de disposiciones que son –esto es inevitable– unas más o menos genéricas y/o abiertas que otras. Pero además, el carácter genérico y/o abierto del Derecho no es una característica exclusiva de la Constitución del Estado constitucional, sino también de los demás sectores del sistema jurídico. En ese sentido, no existe una diferencia estructural cualitativa entre los enunciados de la Constitución y los enunciados de los demás sectores del Derecho, la única diferencia que tampoco puede ser absoluta, y en ocasiones es poco clara, es sólo de grado; esto es, de mayor grado de generalidad de las disposiciones constitucionales en relación con las disposiciones infraconstitucionales.

8. La especificidad de la interpretación de la Constitución con relación a la interpretación del resto de las disposiciones del orden jurídico puede quedar derivada tanto por su posición jerárquica (especificidad de naturaleza) cuanto por su contenido normativo (especificidad de grado). En el primer caso, en la medida en que la Constitución carece de un referente normativo superior de Derecho positivo que le posibilite la atribución de significado se sigue que el uso o la construcción de algún modelo de interpretación que dé cuenta de estos aspectos para realizar la actividad interpretativa de la Constitución se convierte en especial en relación con la interpretación de los demás textos jurídicos. Es una diferencia cualitativa. En el segundo caso, debido a la cantidad considerable o macroscópica de principios en la Constitución se puede predicar una especificidad de la interpretación de la Constitución en relación con los demás textos jurídicos. Sin embargo, no se trata de una diferencia cualitativa sino solo de grado (cuantitativa).
9. En la literatura jurídica de nuestros días existen cuatro teorías a partir de las cuales se explica o se describe la interpretación de la Constitución. Estas teorías son: cognitiva, escéptica, intermedia y alternativa. La teoría *cognitiva* sostiene que la interpretación es una actividad puramente cognoscitiva (es decir, es un acto del conocimiento) que consiste en descubrir, verificar o conocer el único y verdadero significado preexistente e intrínseco de las disposiciones de la Constitución. La teoría *escéptica* sostiene que la interpretación es una actividad puramente volitiva (es decir, es un acto de la voluntad) que consiste en decidir o crear el significado de las disposiciones de la Constitución. La teoría *intermedia* sostiene que la interpretación es a veces una actividad puramente cognoscitiva (es decir, un acto del conocimiento) que consiste en descubrir, verificar o conocer el único y verdadero significado preexistente e intrínseco de las disposiciones de la Constitución, y, a veces, es una actividad puramente volitiva (es decir, un acto de la voluntad) que consiste en decidir o crear el significado de las disposiciones de la Constitución; y, la teoría *alternativa* sostiene que la interpretación es en todos los casos una actividad cognoscitiva y volitiva a la vez; es decir, es un acto del conocimiento que consiste en descubrir o conocer el significado mínimo preexistente de las disposiciones

de la Constitución y al mismo tiempo es un acto de la voluntad que consiste en decidir o elegir de modo (sólo) moderado el significado de las disposiciones de la Constitución.

10. La tesis principal de la teoría cognitiva es que la interpretación de la Constitución es una actividad puramente cognoscitiva y que el Derecho es totalmente determinado, lo que supone, *de un lado*, que las disposiciones de la Constitución incorporan un único y verdadero significado preexistente e intrínseco, y de *otro lado*, que el Derecho es pleno (carece de lagunas) y coherente (carece de antinomias). Así, dado que el Derecho es totalmente determinado, la labor del juez constitucional consiste únicamente en conocer o descubrir el significado de las disposiciones de la Constitución, por lo tanto, el juez carece de discrecionalidad en sentido fuerte (el juez no crea Derecho, sólo lo descubre). En la teoría cognitiva clásica el juez no tiene discrecionalidad, mientras que en la teoría cognitiva contemporánea sólo tiene discrecionalidad en sentido débil. Sin embargo, ha quedado demostrado que la interpretación de la Constitución *no* es nunca una actividad puramente cognoscitiva, pues cualquiera que sea la disposición jurídica a interpretar, el proceso de atribución de significado supone siempre una decisión o una declaración de voluntad. También ha quedado demostrado que las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser –unas más que otras– genéricas y/o abiertas y que la mayoría de ellas están expresadas en la forma de principios, por tanto, tienen más de un significado y no un único significado. Sobre esta base, esta teoría no sirve para realizar la actividad interpretativa de la Constitución en cuanto niega que toda disposición constitucional tenga más de un significado y sobre todo en cuanto descuida el elemento volitivo de la interpretación. Aunque sí resulta útil el modelo coherentista de sistema jurídico.

11. La versión clásica de la teoría cognitiva que es la tesis que el positivismo decimonónico hereda de la ilustración entiende que la interpretación es una actividad que consiste en descubrir el significado preexistente de las disposiciones de la Constitución a través de un procedimiento simple y mecánico de deducción lógica a partir de premisas fijas. El juez constitucional no tiene ningún grado de discrecionalidad para atribuir significado a tales disposiciones. Es lo que se conoce como el formalismo jurídico. No obstante, es la teoría más débil de todas, porque es difícil afirmar que el juez constitucional tenga que

descubrir o conocer el significado de las disposiciones constitucionales a través de un procedimiento puramente mecánico o lógico-deductivo, pero sobre todo, porque detrás de esa forma lógica y simplificada se esconden verdaderos intereses en juego en el caso concreto o, decisiones de política jurídica que reposan, en definitiva, en juicios de valor del juez inarticulados e inconscientes en la medida que carecen de un análisis.

12. La versión contemporánea de la teoría cognitiva sostiene que la interpretación es una práctica jurídica esencialmente argumentativa en la que siempre es posible descubrir el único y verdadero significado preexistente de las disposiciones de la Constitución y que ese significado es además correcto para cada caso. En efecto, a diferencia de la teoría cognitiva clásica, ésta teoría entiende que el hallazgo de la única respuesta correcta no supone una actividad meramente mecánica de deducción lógica por parte del juez, sino que implica realizar una actividad compleja que requiere capacidad de discernimiento y un importante esfuerzo argumentativo por parte del juez para presentar la mejor luz del principio y decidir casos nuevos, pudiendo ejercer en esta labor discrecionalidad (sólo) en sentido débil, pero no discrecionalidad en sentido fuerte (el juez no crea Derecho, sólo lo descubre). Sin embargo, ha quedado demostrado que la obtención de esta única respuesta es imposible como inconveniente: es imposible porque siempre existirá una condición implícita (actitud personal, práctica de la comunidad, opinión de la política jurídica a seguir, etc.) que impide una medición exacta de lo correcto; es inconveniente porque se estaría resolviendo a ciegas cuestiones que sólo podrían ser razonablemente resueltas cuando se presenten. Pero además de ello, no existe un procedimiento objetivo que permita hallar con total seguridad esa única respuesta correcta.

13. La tesis principal de la teoría escéptica es que la interpretación de la Constitución es una actividad puramente volitiva o, finalmente volitiva y que el Derecho es totalmente indeterminado (al menos para la versión radical). Esta teoría presenta dos versiones: radical y moderada. Según, la versión radical las disposiciones de la Constitución no tienen ningún significado, éste es producto de la interpretación, mientras que según la versión moderada las disposiciones de la Constitución tienen más de un significado, el juez elige una de ellas. En ambos casos, el juez tiene discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, en ambos crea Derecho. En la versión radical, la creación del Derecho debe ser

entendida como una creación por *invención* en la medida en que el significado es el resultado de un acto libre de la voluntad, mientras que según la versión moderada debe ser entendida como una creación por *elección* en la medida en que el significado es el resultado de una elección libre entre una serie de alternativas sacadas a la luz por un acto del conocimiento. En cuanto a la versión radical, ha quedado demostrado que las disposiciones de la Constitución se caracterizan por ser –unas más que otras– genéricas y/o abiertas y que la mayoría de ellas están expresadas en la forma de principios, por tanto, tienen más de un significado (no carecen de significado). Tales significados sólo pueden ser conocidos precisamente a través de un acto del conocimiento, aunque luego uno de ellos sea elegido mediante un acto de la voluntad. Sobre esta base, esta teoría no sirve para realizar la actividad interpretativa de la Constitución por cuanto niega que toda disposición constitucional tenga más de un significado y sobre todo por cuanto descuida el elemento cognoscitivo de la interpretación. En cambio, se ha demostrado que la versión moderada sí sirve para interpretar la Constitución aunque es verdad con ciertos matices.

14. La versión radical de la teoría escéptica se caracteriza por negar que las disposiciones de la Constitución incorporan un significado antes de la interpretación. Y es que, según esta teoría el significado no está en la disposición constitucional, sino en la postura valorativa de quien la interpreta (el juez). En ese sentido, la interpretación consiste únicamente en inventar el significado de la disposición constitucional (el juez crea ese Derecho) a través de un acto de la voluntad, por tanto, el juez constitucional goza de absoluta discrecionalidad para atribuir significado a las disposiciones jurídicas. Así, son conocidas las expresiones de Hoadly en el sentido de que quien tiene autoridad absoluta para interpretar el Derecho es él y no quien la emitió el verdadero legislador; Gray para quien las palabras en las que están expresadas las disposiciones de la Constitución son sólo simples palabras muertas que carecen de significado, el Derecho del Estado es un Derecho judicial, el Derecho está compuesto por las decisiones que los tribunales establecen para la determinación de los derechos y deberes, no hay otro Derecho; Frank para quien las disposiciones de la Constitución no son más que palabras, corresponde a los jueces decir lo que esas palabras significan; y, Troper para quien no hay ningún

significado que descubrir en las disposiciones de la Constitución, y por lo mismo, no hay interpretación *contra legem*, la expresión intérprete de la Constitución es engañosa porque da por sentado de que la Constitución existe antes que la interpretación.

15. Según, la versión moderada de la teoría escéptica las disposiciones de la Constitución poseen significado antes de la interpretación, es decir, no carecen de significado antes de la interpretación, pero tampoco tienen un “único” significado, sino que tienen más de un significado, y la elección de uno de ellos (el significado preferido) sólo existe luego de la interpretación según la libre postura valorativa del juez constitucional. En efecto, como afirma Kelsen toda disposición de la Constitución presenta un marco en el que existen varios significados posibles, o lo que es lo mismo, el sentido lingüístico de un precepto no es nunca unívoco, el juez que tiene que aplicar ese precepto se encuentra ante varios significados posibles lo que además tienen el mismo valor, si bien sólo uno de ellos llegará a ser Derecho positivo. De ahí que para esta teoría la interpretación finalmente consista en elegir el significado de la disposición a través de un acto libre de la voluntad (en base a motivos políticos dice Kelsen), por tanto, el juez constitucional tiene discrecionalidad en sentido fuerte. Como ha quedado demostrado, esta versión de la teoría escéptica sí sirve para dar cuenta mejor de la interpretación de la Constitución, aunque eso sí con ciertos matices.

16. Según la teoría intermedia la actividad interpretativa de la Constitución puede ser un acto del conocimiento o un acto de la voluntad dependiendo de si el caso sometido al juez constitucional es fácil o difícil, es decir, es una actividad puramente cognitiva en los casos claros o fáciles como sería el caso cuando el juez atribuye significado a una disposición constitucional sobre la base únicamente de reglas sintácticas y semánticas empíricamente comprobables, a la luz de las cuales todo vocablo de una disposición asume un significado preciso, y es una actividad necesariamente volitiva en los casos dudosos o difíciles. Dentro de esta corriente se puede considerar a Holmes y a Hart. El primero da a entender que el juez por lo general se limita a descubrir el significado de las disposiciones jurídicas y que sólo realiza un acto creacional del Derecho de manera ocasional o intersticial. Y el segundo que sostiene que incluso para las reglas más

generales existen siempre casos claros que lo satisfacen y en los que el juez sólo realiza una actividad cognoscitiva, mientras que en los casos oscuros o difíciles el juez realiza una actividad puramente volitiva. Esta teoría no sirve para dar cuenta de la actividad interpretativa de la Constitución por cuanto descuida el elemento volitivo en los casos fáciles y descuida el elemento cognoscitivo en los casos difíciles.

17. La tesis principal de la teoría alternativa es que la interpretación es una actividad que supone la conjugación en todos los casos de elementos cognitivos y volitivos a la vez, sustentada en la idea kelseniana de que toda disposición constitucional presenta siempre un marco normativo en el existen varias significados posibilidades, y que el juez debe elegir moderadamente uno de esos significados, que no será la única respuesta correcta, sino la respuesta posiblemente correcta. Para delinear los bordes del marco que permita distinguir los significados posibles de los que no son utiliza una argumentación en sentido negativo que no está dirigida a señalar cuáles son esos significados, sino a señalar cuáles no son (o no pueden ser). Otro de los puntos a resaltar de esta teoría es la admisión al análisis racional de la elección de la opción interpretativa por parte del juez que lo relaciona con la argumentación y el razonamiento jurídico. Al igual que ocurre con la teoría escéptica moderada, la teoría alternativa sirve de base para dar cuenta de la actividad interpretativa de la Constitución, pero es insuficiente, por cuanto descuida el elemento contextual y la remisión al modelo coherente del sistema jurídico al momento de interpretar la Constitución.
18. Frente a la incapacidad de unas y la insuficiencia de otras de las teorías señaladas para dar cuenta de la tarea interpretativa de la Constitución he optado por proponer una *teoría integral* de interpretación de la Constitución que ofrece los elementos adecuados para realizar de manera más satisfactoria la interpretación de las disposiciones de la Constitución del Estado constitucional. Así, según la teoría integral la interpretación es una actividad que supone la conjugación en todos los casos (sean fáciles o difíciles) de elementos cognitivos y volitivos a la vez, es decir, es una actividad que consiste en descubrir o conocer los diversos significados posibles que provee el marco normativo de las disposiciones de la Constitución, y a la vez, es un acto de voluntad que consiste



elegir sólo uno de los significados del marco normativo que constituirá el significado de la disposición constitucional. La teoría integral también contempla que toda disposición de la Constitución provee un marco normativo en el que existen diversos significados posibles y que sólo uno de ellos será elegido por el juez. Para la determinación de este marco normativo se emplea una argumentación en sentido negativo que busca precisar no cuáles son, sino cuáles no son (o cuales no pueden ser) los que pueden estar dentro del marco normativo. Asimismo, la teoría integral entiende que el significado a elegir debe ser conectado con las concretas circunstancias de su uso y remitido al modelo coherentista del sistema jurídico.

19. Los criterios para la elección del significado (o la norma-producto) de la disposición de la Constitución son básicamente el contexto funcional y el modelo coherentista del sistema jurídico; de lo que se sigue que en definitiva el significado tendrá validez sólo si se corresponde con el sistema jurídico al que pertenece. El contexto funcional señala que el significado a elegir debe tener en cuenta las concretas circunstancias de uso, no cabe la atribución de significado fuera de contexto ni en cualquier contexto; sin razones suficientes no se debería atribuir a las disposiciones ningún significado especial que el que tuviera por lo general. La noción del modelo coherentista del sistema jurídico exige que el significado sea remitido a la totalidad del sistema jurídico al que pertenece, a fin de que se descarten todas las opciones interpretativas que se muestren contradictorias con el sistema y se elija una de ellas, la que sea lo más coherente posible con otras disposiciones del sistema jurídico al que pertenece.

20. Al finalizar este trabajo de investigación, se concluye que la hipótesis planteada ha sido confirmada. En efecto, a lo largo de la investigación se ha comprobado que: i) *en el marco del Estado constitucional y en las notas que lo caracterizan básicamente en cuanto que constituye la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, toda disposición de la Constitución es mínimamente determinada, por tanto, presenta un mínimo de significado*, ii) *la interpretación de la Constitución no es una actividad exclusivamente cognitiva ni puramente volitiva, sino que supone la combinación en todos los casos de procesos cognitivos y volitivos a la vez: el juez constitucional a través*

*de un acto del conocimiento descubre los diversos significados que provee el marco normativo de toda disposición constitucional, y a la vez, a través de un acto de la voluntad, previa conexión con el contexto funcional y la remisión al modelo coherentista del sistema jurídico elige uno de los diversos significados que provee el marco normativo, que constituye el significado o la norma constitucional (o la norma-producto) de la disposición constitucional.*

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, trad. de P. Serna, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña: Universidad de La Coruña, Núm. 4, 2000.
- ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, Alicante: Universidad de Alicante, Núm. 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, del original: *Theorie der Grundrechte* (1986), Madrid: CEC, 1993.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid: CEC, 1984.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F., «La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: BOE, Nº XXIII, 2006.
- ARISTÓTELES., *Política*, edición bilingüe y trad. de J. Marias y M. Araujo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, reimpresión a la 1ra. edición 1951, 1970.
- ARJONA SEBASTIÀ, C., “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O.W. Holmes”, en HOLMES, O.W., *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, trad. de C. Arjona Sebastià, del original: *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes* (1929), Madrid: Iustel, 2006.
- ASÍS ROIG, R. de., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid: Dikynson, 1999.
- “La interpretación y aplicación del Derecho”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ, E. y ASÍS, R.de., *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2da. edición, 2000.
- “La interpretación de la Constitución: Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M.A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Marcial Pons, 2004.
- *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 2005.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM–Fontamara, Núm. 27, 2007.
- “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM–Fontamara, Núm. 31, 2009.
- AUSTIN, J., *Lectures on jurisprudence: or The Philosophy of Positive Law*, London: Murray, Vol. II, 2da. reimpresión a la 5ta. edición 1885, 1911.

- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid: Tecnos, 1997.
- BARRANCO AVILÉS, M. del Carmen., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Marcial Pons, 2004.
- “El papel del juez en el Estado Constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: BOE, N° XXII, 2005.
  - “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en RAMOS PASCUA, J.A., y RODILLA GONZÁLES, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006.
  - “Sobre el método jurídico tradicional como ficción”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. y otros, *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dikynson, 2006.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., “Prólogo” a BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BELTRAN DE FELIPE, M., *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: Una polémica constitucional*, Madrid: Civitas, 1989.
- BELLAMY, R., *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, trad. de J. Urdániz Ganuza y S. Gallego Aldez, del original: *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy (2007)*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London: Yale University Press, 2da. edición, 1986.
- BIX, B., *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, London: Strahan, Vol. I, 16ta. edición, 1825.
- BOBBIO, N., *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*, trad. de J.F. Fernández Santillán, del original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica (1985)*, México D.F.: FEC, 2da. reimpresión a la 1ra. edición 1989, 1992.
- *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, del original: *Il positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Madrid: Trotta, 2000.
- BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. de P. Bravo Gala, del original: *Les six Livres de la République (1576)*, Madrid: Tecnos, 1985.
- BONORINO, P.R., *Dworkin*, Lima: Ara Editores, 2010.
- BREST, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review*, Boston, Vol. 60, 1980.

- BÜHLER, O., «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos», trad. de J. Rovira Armengol, en *La Constitución de Weimar: Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid: Tecnos, 2010.
- BULYGIN, E., “Creación y aplicación del Derecho”, en ATRIA, F., BUYGIN, E., MORESO, J.J., NAVARRO, P.E., RODRÍGUEZ, J.L., y RUIZ MANERO, J., *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- CALSAMIGLIA, A., Prólogo a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously* (1977), Barcelona: Ariel, 7ma. reimpresión de la 1ra. edición 1984, 2009.
- CAPPELLETTI, M., “¿Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de P. de Luis Durán, Madrid: CEPC, Año 6, Núm. 17, 1986.
- CARRIÓ, G.R., “Una defensa condicionada de la judicial review: (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid: CEC, 1991.
- CELANO, B., *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, trad. de A. Greppi y F.J. Laporta, Madrid: CEPC, 2009.
- CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*, trad. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, del original: *Tecnica dell' interpretazione giuridica* (2007), Madrid: Marcial Pons, 2011.
- CICERÓN, M.T., *Sobre la República. Sobre las leyes*, trad. de J. Guillén, del original: *De Republica. De Legibus*, Madrid: Tecnos, 3ra. edición, 2000.
- CLARK, T.S., *The limits of judicial independence*, New York: Cambridge Press, 2011.
- COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Madrid: CEPC, 2010.
- “La interpretación jurídica”, en FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G.B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- COMMAGER, H.S., *The American Mind: An interpretation of American Thought and Character since the 1980's*, New Haven: Yale University Press, 7ma. edición, 1955.
- CONSTANT, B., *Curso de Política Constitucional*, trad. de M. A. López (1820), Granada: Comares, 2006.
- CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 2008.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., “Una Constitución republicana inglesa: El Instrumento of Government de la Commonwealth (1653-1657)”, *Derechos y Libertades. Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, Núm. 26, Época II, 2012.

- DELGADO PINTO, J., *La Constitución en su proyección histórica. La Constitución como Derecho fundamental de organización del Estado* (Separata del Archivo de Derecho Público), Granada: Universidad de Granada, 1957.
- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus, 10ma. edición, 2010.
- DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid: CEPC, 1997.
- DICCIOTTI, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity”, en GIANFORMAGGIO, L. y PAULSON, S.L. (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giappichelli, 1995.
- DOGLIANI, M., *Introduzione al Diritto costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1994.
- DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 1997.
- *La lucha por la Constitución: Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid: CEPC, 2001.
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- *Law’s Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, del original: *Life’s Dominion*, Barcelona: Ariel, 1994.
- *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York: Oxford University Press, 1996.
- *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias Vila y I. Ortiz de Urbina Gimeno, del original: *Justice in Robes (2006)*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, del original: *Taking Rights Seriously (1977)*, Barcelona: Ariel, 7ma. reimpresión de la 1ra. edición 1984, 2009.
- “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales”, trad. de A. Stolarz, del original: *Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court (1990)*, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: IIJ (UNAM)–Trotta, 2010.
- ESCUADERO ALDAY, R., “Metodología jurídica y conceptos morales: una propuesta de análisis”, en COURTIS, C. (ed.), *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, 2006.
- ESPÍN TEMPLADO, E., *Lecciones de Derecho Político*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- FARIÑAS, M.J., “El Derecho como forma de organización social”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ, E. y ASIS, R.de., *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2da. edición, 2000.
- FAURÉ, C., *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de D. Sánchez y J.L. Nuñez Herrejón, del original: *Les déclarations de droits de l’homme de 1789 (1988,1992)*, México D.F.: CNDH–FCE, 1995.

- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, N° 138, 1997.
- FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid: UNED–UAM, N° 17, 2001.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: CEPC, 1997.
- “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid: IIJ (UNAM)–Trotta, 2010.
- FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, del original: *Costituzione (1999)*, Madrid: Trotta, 1ra. reimpresión a la 1ra. edición 2001, 2007.
- FORSTHOFF, E., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. de L. Riebert y C. Amirante, del original: *Rechtstaat im wandel (1964)*, Milano: Giuffrè, 1973.
- FRANK, J., “Palabras y música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes”, trad. de R.J. Vernengo, del original: *Words and Music. Some remarks on statutory interpretation (1947)*, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires: Losada, 1951.
- *Law and the Modern Mind*, New York: Doubleday & Company, 1963.
- GARCÍA AMADO, J.A., *El Derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá: Universidad Externado, 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza, 1984.
- *Obras completas*, Madrid: CEPC, Vol. II, 2da. edición revisada y aumentada, 2009.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel, 1996.
- GARZÓN VALDÉS, E., “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, en MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *La función judicial: Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa, 2003.
- GRAY, J.CH., *The nature and sources of the Law*, Aldershot: Ashgate, reimpresión a la 2da. edición 1921, 1997.
- GUASTINI, R., “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 1996 (Ricerche di giurisprudenza analitica)*, Torino: Giappichelli, 1996.
- “Enunciados interpretativos”, trad. de A. Rentería Díaz, del original: *Enunciati interpretativi*, *Nóesis (Revista de Ciencias Sociales y Humanidades)*, Ciudad Juárez: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Vol. 9, Núm. 18, 1997.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México DF.: IIJ–UNAM, 1999.

- *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltran, del original: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto* (1996), Barcelona: Gedisa, 1999.
  - *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffré, 2004.
  - “Intervención de Ricardo Guastini”, en PÉREZ BERMEJO, J.M. y RODILLA, M.A. (eds.), *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007.
  - “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, trad. de J.J. Moreso, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM–Fontamara, Núm. 29, 2008.
  - *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, del original: *Teoría e ideologia dell'interpretazione costituzionale* (2007), Madrid: IIJ (UNAM)–Trotta, 2da. edición, 2010.
  - *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de D. Moreno Cruz, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, del original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), Madrid: Trotta, 6ta. edición, 2010.
- HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J., *El Federalista*, trad. de G. R. Velasco, del original: *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States* (1780), México D.F.: FEC, 5ta. reimpresión de la 1ra. edición 1943, 1994.
- HART, H.L.A., *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires: Depalma, 1962.
- “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, inédito (1979), trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 36, 1980.
  - *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
  - “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, trad. de J.J. Moreso y P.E. Navarro, del original: *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream* (1977), en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona: Crítica, 1994.
  - *Post scriptum al concepto de Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, del original: *Postscript* (1994), México D.F.: IIJ–UNAM, 2000.
  - *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, del original: *The concept of Law* (1961), Buenos Aires: Abeledo–Perrot, 2007.
- HEATH III, G.D., “Making the Instrument of Government”, *The Journal of British Studies*, Vol. 6, Núm. 2.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez, Madrid: CEPC–FCJE, 2011.



- HOADLY, B., *A sermon preached before the King*, London: 1717.
- HOBBS, TH., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. de C. Mellizo, del original: *Leviathan. Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil (1651)*, Madrid: Alianza Editorial, 1989.
- HOLMES, O.W., *The Common Law*, London: Macmillan & Co, 1882.
- “The Theory of Legal Interpretation”, *Harvard Law Review*, Vol. 12, Núm. 6, 1898-1899.
  - “Ideal and Doubts”, *Illinois Law Review*, Vol. 10, Núm. 1, 1915.
  - *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, trad. de C. Arjona Sebastià, del original: *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes (1929)*, Madrid: Iustel, 2006.
  - *La senda del Derecho*, trad. de J.I. Solar Cayón, del original: *The Path of the Law (1897)*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- HORN, W., “Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana”, en THESING, J. (comp.), *Estado de Derecho y democracia*, Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1997.
- IHERING, R., *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de R. Riaza, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid: CEPC, 1999.
- ITURRALDE SESMA, V., “El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid: BOE, N° XXIV, 2007.
- JAMES, W., *Pragmatismo*, trad. de L. Rodríguez Aranda, Barcelona: Orbis, 1954.
- JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Ch. Förster, del original: *Verfassungsänderung und Verfassungswaandlung (1906)*, Madrid: CEC, 1991.
- JESTAEDT, M. (ed.), *Han Kelsen: Autobiografía*, trad. de L. Villar Borda, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *El constitucionalismo: Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2da. edición revisada y ampliada, 2003.
- JIMÉNEZ CANO, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda, del original: *Rechtsphilosophie (1997)*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, trad. de J. Ruiz Manero, del original: *La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle (1928)*, en KELSEN, H., *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid: Debate, 1988.
- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, del original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1931)*, Madrid: Tecnos, 1995.
  - *The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamentals problems (With a supplement)*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.
  - *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez (1949), México D.F.: UNAM, 3ra. edición, 2008.

- *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, trad. de L. Legaz y Lacambra (1933), Madrid: Reus–Revista de Derecho Privado, 2da. edición, 2009.
- *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, del original de la 2da. edición: *Reine Rechtslehre* (1960), México DF.: Porrúa, 16ta. edición, 2009.
- *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de G. Robles y F.F. Sánchez, del original de la 1ra. edición: *Reine Rechtslehre* (1934), Madrid: Trotta, 2011.
- KRAMER, L.D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, trad. de P. Bergallo, del original: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2005), Madrid: Marcial Pons, 2011.
- KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de E. Bulygin, del original: *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates* (1975), Buenos Aires: Depalma, 1980.
- LANDA ARROYO, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima: PUCP, 1999.
- LAPORTA, F.J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta, 2007.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, trad. de L. Díez-Picazo, del original: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Madrid: Civitas, 1985.
- *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, del original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Barcelona: Ariel, 4ta. reimpresión a la edición 1994, 2010.
- LA TORRE, M., “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid: CEPC, Núm. 16, 1993.
- LEYLAND, P., *The Constitution of the United Kingdom. A contextual analysis*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2da. edición, 2012.
- LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea*, Madrid: CEPC, 1999.
- LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- LLEWELLYN, K.N., *The Bramble Bush: Some lectures on Law and its Study*, New York: Columbia University Press, 1930.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, de la 2da. edición alemana 1969: *Verfassungslehre* (1959), Barcelona: Ariel, 4ta. reimpresión a la 2da. edición 1976, 1986.
- LYONS, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica: Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, trad. de S. Álvarez, del original: *Moral aspects of legal theory* (1993), Barcelona: Gedisa, 1998.
- MACCORMICK, N., “Estado de Derecho y rule of law”, en THESING, J. (comp.), *Estado de Derecho y democracia*, Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung–CIEDLA, 1997.

- *Instituciones del Derecho*, trad. de F. Atria y S. Tschorne, del original: *Institutions of Law* (2007), Madrid: Marcial Pons, 2011.
- MARCILLA CÓRDOVA, G., *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: CEPC, 2005.
- MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. de M. Mendoza Hurtado, del original: *Interpretation and Legal Theory* (1992), Barcelona: Gedisa, 2001.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. de F.J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, del original: *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno* (1988), Madrid: Trotta, 1998.
- MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, trad. de H.H. Heredia y E. Krotoschin, del francés: *Le droit administratif allemand* (1904), Buenos Aires: Depalma, T. I (Parte General), 2da. edición, 1981.
- MÉTALL, R.A., *Han Kelsen: Vida y obra*, trad. de J. Esquivel, México D.F.: UNAM-IIIJ, 1976.
- MONTESQUIEU., *Del Espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, del original: *De l'Esprit des Lois* (1735), Madrid: Tecnos, 6ta. edición, 2007.
- MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: CEPC, 1997.
- “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, Bahía Blanca (Buenos Aires): Universidad Nacional del Sur, Núm. 1, 2000.
- “Razones y significados en contexto”, *Revista de Libros*, Madrid: Núm. 112, 2006.
- *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- MOSCA, G., *Derecho constitucional*, trad. de A. Almudena Bergareche Gros, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MÜLLER, F., “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. de L. Villacorta Mancebo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEC, Núm. 27, 1989.
- *Arbeitsmethoden Des Verfassungsrechts - Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico)*, trad. de S. Gómez de Arteche y Catalina, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- PÁRAMO ARGUÉLLES, J.R., de., *H.L.A Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid: CEC, 1984.
- PARDO FALCÓN, J., «Notas sobre la Historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: CEPC, Núm. 72, 1991.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, Poder y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- “La Constitución entre la voluntad soberana y la razón”, en *Reflexiones de los ponentes de la Constitución española 1978-2003: 25 aniversario de la Constitución*, Navarra: Aranzadi, 2003.

- PEÑA FREIRE, A.M, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta, 1997.
- PÉREZ BERMEJO, J.M., *Coherencia y sistema jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2006.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid: Tecnos, 1996.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 9na. edición, 2005.
- “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”, en RAMOS PASCUA, J.A. y RODILLA GONZÁLES, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006.
- PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid: Tecnos, 1988.
- *Curso de Derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 12va. edición, 2010.
- PISARELLO, G., *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid: Trotta, 2011.
- POLAKIEWICZ, J., «El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: CEPC, N° 81, 1993.
- POLIBIO, *Historias. Libros V-XV*, trad. de M. Balasch Recort, Madrid: Gredos, 1ra. reimpresión a la 1ra. edición 1981, 1996.
- POUND, R., “Mechanical Jurisprudence”, *Columbia Law Review*, Vol. 8, 1908.
- “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, Vol. 44, 1910.
- POSNER, R.A. (ed.), *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writing of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- *Cómo deciden los jueces*, trad. de V. Roca Pérez, del original: *How Judges Think (2008)*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- POZZOLO, S. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. de J. M. Vilajosana, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, Alicante: Universidad de Alicante, Núm. 21-II, 1998.
- *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 2001.
  - *Disposición vs. Norma*, trad. de M. Fernández Pérez y A Puppo, Lima: Palestra, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987.
- “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid: CEPC, Núm. 9, 1991.
  - *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: CEC, 1992.
  - “La doctrina del Derecho natural”, en BETEGÓN CARRILLO, J., GASCÓN ABELLÁN, M., PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. de., y PRIETO SANCHÍS, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.
  - *Ley, principios y derechos*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 1998.
  - *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.

- RAMOS PASCUA, J.A., *La ética interna del Derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, Bilbao: Desclee de Brouwer, 2007.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, de la 2da. edición del original: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System (1980)*, México D.F.: IIJ-UNAM, 1986.
- “¿Por qué interpretar?”, trad. de R. Tamayo y Salmorán, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM-Fontamara, Núm. 5, 1996.
- “El Estado de Derecho y su virtud”, en CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁZQUEZ, R. (coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México DF.: IIJ (UNAM)-ITAM-SXXI, 2002.
- RECASÉNS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México D.F.: Porrúa, 2da. edición, 1973.
- RIDDALL, J.G., *Teoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- RÓDENAS, Á., *Los intersticios del Derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ, J.L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: CEPC, 2002.
- RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Formalismo ético y constitucionalismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- ROUSSEAU, J.J., *El contrato social o principios de Derecho político*, trad. de M.J. Villaverde, del original: *Du contrat social (1762)*, Madrid: Tecnos, 5ta. edición, 2007.
- ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, del original: *Towards a realistic Jurisprudence. A criticism of the dualism in Law (1946)*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- *Lógica de las normas*, trad. de J.S.P. Hierro, Granada: Comares, 2000.
- *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba, 1ra. reimpresión a la 3ra. edición 2005, 2006.
- RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, *Instituto de Estudios Fiscales (La Constitución española y las fuentes del Derecho)*, Madrid, Vol. I, 1979.
- “Problemas de la interpretación constitucional”, en SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J. (ed.), *Revista Jurídica de Castilla La Mancha: El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia: Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, Toledo, Núms. 3 y 4, 1988.
- RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función judicial y teoría del Derecho*, Madrid: CEC, 1990.
- RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México D.F.: ITAM-Fontamara, N° 21, octubre 2006.
- *Una filosofía del Derecho en modelos históricos: De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2da. edición revisada, 2009.
- RUSSELL SMITH, H.F., *Harrington and his Oceana: A study of a 17<sup>th</sup> century utopia and its influence in America*, London: Cambridge University Press, 1914.

- SAGER, L. G., *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SALISBURY, J. de., *Policraticus*, trad. de M. Alcalá y otros, Madrid: Nacional, 1984.
- SAVIGNY, F. C. von., *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley, Comares, Granada, 2005.
- SCARPELLI, U., “Interpretazione (Diritto)”, en *Grande dizionario enciclopédico. Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino: Utet, Vol II.I, 2da. edición, 1997.
- SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución: Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, del original: *Der Hüter der Verfassung (1931)*, Madrid: Tecnos, 1983.
- *Legalidad y legitimidad*, trad. de C. Monereo Atienza, de la 4ta. edición alemana 1988 (1932), Granada: Comares, 2006.
- SCHNEIDER, H.P., “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, trad. de K.-J. Albiez Dohrmann y M. Saavedra López, en SCHNEIDER, H.P., *Democracia y Constitución*, Madrid: CEC, 1991.
- SHAPIRO, J.S., “El debate ‘Hart-Dworkin’: una breve guía para perplejos”, trad. de M.C. Melero de la Torre, del original: *The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed*, en MELERO DE LA TORRE, M.C. (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2003.
- SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, trad. de R. Máiz, Madrid: CEC, 1990.
- SOLAR CAYÓN, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid–BOE, 2005.
- “Estudio Preliminar. Holmes: El inicio de una nueva senda jurídica”, en HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, trad. de J.I. Solar Cayón, del original: *The Path of the Law (1897)*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SOSA WAGNER, F., *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff. Coincidencias y confidencias*, elaborado del original: *Briefwechsel Ernst Forsthoff–Carl Schmitt 1926-1974 (2007)*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- STAHL, F.J., *Die Philosophie des Rechts*, Hildesheim: Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Vol. II, parte 2, reimpresión a la edición 1878, 1963.
- SUMMERS, R., “Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought. A synthesis and critique of our dominant general theory about Law and its use”, *Cornell Law Review*, Vol. 66, 1980.
- TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1974.
- *L’interpretazione della legge*, Milano: Giuffré, 1980.
- THAYER, J. B., «The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, Vol. VII, N° 3, 1893.

- TOCQUEVILLE, A. de., *La democracia en América*, trad. de E. Nolla, del original: *De la démocratie en Amérique (comparación de ediciones francesas: 1835, 1838, 1840 y 1850)*, Madrid: Trotta–Liberty Fund, 2010.
- TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, del original: *Pour une théorie juridique de l'État (1994)*, Madrid: IDHBC (Universidad Carlos III de Madrid)–Dykinson, 2001.
- “El poder judicial y la democracia”, en MALEM SEÑA, J., OROZCO, J. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *La función judicial: Ética y democracia*, Barcelona: Gedisa, 2003.
  - *La Filosofía del Derecho*, trad. de M. T. García –Berrio, del original: *La philosophie du Droit (2003)*, Madrid: Tecnos, 2004.
  - “Del gobierno de jueces al gobierno por los jueces”, trad. de B. Bolaños, en CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Jueces y Derecho: Problemas contemporáneos*, México D.F.: IIJ (UNAM)–Porrúa, 2004.
  - “Constitutional Interpretation”, *Israel Law Review*, Vol. 39, Núm. 2, 2006.
  - *Ensayos de Teoría Constitucional*, trad. de B. Bolaños, del original: *Essais de théorie constitutionnelle*, México D.F.: Fontamara, 1ra. reimpresión a la 1ra. edición 2004, 2008.
- TUZET, G., “Pragmática de lo indeterminado”, trad. de M.Á. Rodilla, en PÉREZ BERMEJO, J.M. y RODILLA, M.Á. (Eds.), *Jurisdicción, Interpretación y Sistema jurídico: Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007. .
- WAISMANN, F., “Verificabilidad”, trad. de P. Villegas, del original: *Verifiability (1945)*, en PARKINSON, G.H.R. (ed.), *La teoría del significado*, México D.F.: FCE, 1976
- WALDRON, J., *Derechos y desacuerdos*, trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, del original: *Law and Disagreement (1999)*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- WALUCHOW, W.J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo*, trad. de P. de Lora, del original: *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree (2007)*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- WELCKER, C. H., *Die Staatsrech letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813.
- WHITTINGTON, K.E., *Constitutional Interpretation: Textual meaning, original intent, and judicial review*, Lawrence: University Press of Kansas, 1999.
- WIECEK, W.M., *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America 1886-1937*, New York: Oxford University Press, 1998.
- WOLFE, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de M. Gracia Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid: Civitas, 1991.
- WRIGHT, R.W., “La pesadilla y el noble sueño: Hart y Honoré sobre causalidad y responsabilidad”, en KRAMER, M.H., GRANT, COLBURN, B. y HATZISTAVROU, A. (comps.), *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral*, trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, del original: *The legacy if H.L.A. Hart: Legal, Political and moral Philosophy (2008)*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

- WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Madrid: Civitas, reimpresión a 1ra. edición 1985, 1988.
- *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, México D.F.: Fontamara, 2da. reimpresión a la 1ra. edición 2001, 2008.
- ZACCARIA, G., “Límites y libertad de la interpretación”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona: Universidad de Navarra, Núm. 47, 2002.
- ZAGREBELSKY, G., “Appunti in tema di interpretazione e di interprete della Costituzione”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970.
- *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de M. Martínez Neira, del original: *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica (2005)*, Madrid: Trotta, 2008.
  - *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, del original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia (1992)*, Madrid: Trotta, 9na. edición, 2009.